

# De l'abus dans les contrats

COLLOQUE ORGANISÉ PAR LA COMMISSION CONSOMMATION-LOGEMENT  
DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

samedi 20 mars 2010

Université d'Angers  
Amphi Lagon  
Av. François Mitterrand  
49000 Angers



SAF COMMUNICATION 34, rue Saint Lazare 75009 PARIS  
Tel: 01 42 82 01 26 Fax: 01 45 26 01 55 saforg@orange.fr

**ACTES**

**SAMEDI 20 MARS 2010**

Université Angers

## **De l'abus dans les contrats !**

### **PROGRAMME**

08h30 > Accueil des participants

9h00 Accueil par le Bâtonnier d'Angers et le Président de la section SAF

#### **MATINÉE**

09h15

#### **INTRODUCTION**

*Jean Jacques GANDINI*

*Président de la*

*Commission Conso/logement SAF*

#### **GENÈSE DES CLAUSES ABUSIVES**

09h30

> **Le concept de clause abusive**

*Jean CALAIS AULOY*

*Professeur émérite,*

*Université de Montpellier I*

> **Composition et fonctionnement de la Commission des Clauses Abusives**

*Jean- Marc GRANIER*

*Secrétaire Général de la C.C.A Paris*

10h15 > Pause

10h30

> **Bilan des actions menées en matière de clauses abusives sous les deux volets : information et répression**

*Elisabeth ROUAULT-HARDOUIN*

*Directrice Départementale Nantes de la DGCCRF*

> **La proposition de directive européenne sur « droit des consommateurs et clauses abusives »**

*Me Jorge PEGADO LIZ*

*Président de l'Observatoire du Marché Unique Bruxelles*

11h30 > débat général

12h15 > pause déjeuner  
restaurant à proximité

#### **APRÈS MIDI**

#### **REGARDS CROISÉS SUR LA PRATIQUE DES CLAUSES ABUSIVES**

14h00

> **L'évolution de la jurisprudence française en matière de lutte contre les clauses abusives**

*Sabine BERNHEIM-DESVAUX*

*Maître de Conférences*

*Université d'Angers*

> **Regard du professionnel et mise en œuvre dans les contrats proposés aux consommateurs**

*René PINON*

*Responsable juridique SOFINCO Paris*

> **Pourquoi le choix de privilégier le terrain judiciaire ?**

*Gaëlle PATETTA*

*Directrice juridique UFC-Que Choisir ? Paris*

15h15 > Pause

15h30

> **L'office du juge et sa mise en œuvre**

*Etienne RIGAL*

*Magistrat Lyon*

*Ex-Président du Tribunal d'Instance de Vienne*

> **Avancées et limites de l'action judiciaire des associations de consommateurs**

*Christian BRASSEUR*

*Avocat au Barreau de Grenoble*

16h30 > débat

17h15 > CLOTURE DU COLLOQUE

The logo for SAF (Section Angers de la Fédération Française des Consommateurs) is a red square with the letters 'SAF' in white, bold, sans-serif font.

## **SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>P : 4</b>
<i>Jean-Jacques GANDINI, Avocat au barreau de Montpellier, Président de la commission « consommation/logement » du SAF</i>	
<b>LE CONCEPT DE CLAUSE ABUSIVE</b>	<b>P : 6</b>
<i>Jean CALAIS-AULOY</i> <i>Professeur émérite Université de Montpellier</i>	
<b>LA COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES : COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT</b>	<b>P : 9</b>
<i>Jean-Marc GRANIER</i> <i>Secrétaire général de la Commission</i>	
<b>BILAN DES ACTIONS MENÉES EN MATIÈRE DE CLAUSES ABUSIVES SOUS LES DEUX VOILETS : INFORMATION ET RÉPRESSION</b>	<b>P : 12</b>
<i>Elisabeth ROUAULT-HARDOUIN</i> <i>Directrice Départementale Nantes de la DGCCRF</i>	
<b>LA PROPOSITION DE DIRECTIVE DE LA COMMISSION SUR « LES DROITS DES CONSOMMATEURS » ET LES CLAUSES ABUSIVES</b>	<b>P : 30</b>
<i>Jorge PEGADO LIZ</i> <i>Président de l'Observatoire du Marché Unique Européen Bruxelles</i>	
<b>L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES</b>	<b>P : 50</b>
<i>Par Sabine BERNHEIM DESVAUX</i> <i>Maître de conférences habilitée à diriger des recherches en droit privé</i> <i>Membre du Centre Jean Bodin - Faculté de droit d'Angers</i>	
<b>REGARD DU PROFESSIONNEL ET MISE EN ŒUVRE DANS LES CONTRATS PROPOSÉS AUX CONSOMMATEURS</b>	<b>P : 57</b>
<i>René PINON</i> <i>Responsable Juridique Groupe SOFINCO</i>	
<b>POURQUOI PRIVILÉGIER LE TERRAIN JUDICIAIRE ? LA PRATIQUE DE L'UFC QUE CHOISIR ?</b>	<b>P : 74</b>
<i>Gaëlle PATETTA</i> <i>Directrice juridique UFC-Que Choisir ? Paris</i>	
<b>LE JUGE ET LES CLAUSES ABUSIVES</b>	<b>P : 79</b>
<i>Etienne RIGAL</i> <i>Magistrat Lyon</i> <i>Ex-Président du Tribunal d'Instance de Viennes</i>	
<b>AVANCÉES OBTENUES DU FAIT DES ACTIONS JUDICIAIRES DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS</b>	<b>P : 82</b>
<i>Christian BRASSEUR</i> <i>Avocat Grenoble</i>	

## INTRODUCTION

*Jean-Jacques GANDINI*

*Avocat au barreau de Montpellier*

*Président de la commission « consommation/logement » du SAF*

La Commission « consommation/logement » du Syndicat des Avocats de France est ravie de vous accueillir pour son 3<sup>o</sup> Colloque depuis sa re-naissance.

Après « Crédits, Surendettement : l'effet-boomerang » à Caen en mars 2009 et « Droit Au Logement Opposable, Droit Inapplicable ? » à Marseille en janvier 2010, voici venu le temps de se pencher sur « les clauses abusives dans les contrats ».

Le SAF est plus connu pour ses actions et prises de position en matière de droit pénal, de droit social et de droit des étrangers, et pourtant la consommation et le logement, c'est la défense du justiciable au quotidien qui est au cœur de la mission de notre syndicat, comme je le rappelais dans mon article « Sus aux clauses abusives ! » paru dans la «Lettre du SAF » de juillet 2006.

En effet, la base de notre système juridique, le principe de l'autonomie de la volonté, est une fiction dans le cadre des relations entre professionnels et consommateurs. La compétence du professionnel, les informations dont il dispose et sa puissance économique lui permettent de dicter sa loi au consommateur.

Et la situation est d'autant plus grave pour ceux d'entre eux qui appartiennent aux catégories les plus défavorisées en fonction de leur ignorance, de leur âge et/ou de leur pauvreté.

Il convient donc de leur permettre d'accéder à la connaissance du droit et de leur faciliter l'accès à la justice.

Nous espérons que ce colloque apportera notre pierre à cette contribution.

### **Alors qu'est-ce qu'une clause abusive ?**

« Il s'agit de la disposition d'un contrat signé avec un professionnel ayant pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. »

Pour rétablir cet équilibre, il va donc falloir « traquer les clauses abusives » comme le mentionnait le périodique « Que choisir ? » dans son numéro de novembre 2009, et notre affiche est assez parlante à cet égard : on y voit les clauses abusives tapies en rhizome lancer leurs tentacules, qu'observe la Commission Européenne alias Sherlock Holmes et que s'apprête à couper la Commission des Clauses Abusives alias Docteur Watson, mais qui repoussent sans cesse telle l'Hydre de Lerne : le combat contre les clauses abusives, un combat sans cesse renouvelé.

Mais en 30 ans, puisque les premiers textes protecteurs en la matière datent de 1978, les avancées sont tout de même conséquentes.

Outre la définition du concept de clause abusive, a été mise en place une Commission des Clauses Abusives et depuis la loi de 2008 et le décret de 2009 nous disposons d'une liste « noire » et d'une liste « grise ».

Les clauses de la liste noire sont toujours abusives et même interdites, et celles de la liste grise sont présumées abusives, à charge pour le professionnel d'apporter la preuve contraire.

Une législation protectrice est également en train de se mettre en place au niveau européen mais la proposition de directive d'octobre 2008, outre qu'elle ne considère le consommateur que comme un agent économique et non un citoyen à part entière, se prononce en faveur d'une harmonisation « totale », c'est-à-dire en pratique un consensus minimal alors que notre législation offre un niveau supérieur de protection à celui annoncé.

D'où l'importance du rôle des associations de consommateurs qui peuvent assigner en justice le professionnel même en l'absence de tout litige individuel, des actions menées par l'Administration ex-DGCCRF en direction des mêmes professionnels, tant préventivement que répressivement, et de l'office du juge qui peut suppléer la carence des parties en la matière ; d'où l'intérêt également d'avoir affaire à des avocats motivés et compétents.

Nous sommes ici pour analyser, critiquer et proposer afin de rendre le droit plus effectif, car comme le disait Bertolt Brecht :

*Ceux qui ne participent pas à la bataille participent à la défaite.*

# LE CONCEPT DE CLAUSE ABUSIVE

*Jean CALAIS-AULOY*

*Professeur émérite Université de Montpellier*

## Observations préalables :

- 1) Le concept de clause abusive est, en droit, distinct de celui de lésion. La lésion consiste en un déséquilibre global entre l'objet et le prix. Une clause abusive crée un déséquilibre inhérent à une clause particulière du contrat. La loi, généralement indifférente à la lésion, cherche en revanche à éliminer les clauses abusives.
- 2) On trouve des clauses abusives dans toutes sortes de contrats, dès lors qu'une partie est en situation de dicter sa volonté à l'autre. Mais c'est dans les contrats entre professionnels et consommateurs, dits contrats de consommation, que la lutte contre les clauses abusives est organisée par la loi de la façon la plus systématique. Mon propos se limitera à cette catégorie de contrats.

## Plan :

- I. La définition des clauses abusives
- II. La détermination des clauses abusives

## I. LA DÉFINITION DES CLAUSES ABUSIVES

### A. La définition française

Article L. 132-1 (al.1<sup>er</sup>) 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 les obligations des parties au contrat ».

Cette définition a été introduite dans le code de la consommation par la loi du 1<sup>er</sup> février 1995. Elle est différente, dans sa formulation, de la définition antérieure, qui datait de 1978 (la notion d'avantage excessif a été remplacée par celle de déséquilibre significatif), mais l'interprétation est restée fondamentalement la même.

La loi de 1995 a transposé en droit français la directive européenne de 1993 ayant pour objet de rapprocher les législations des Etats membres concernant les clauses abusives. La transposition, cependant, n'est pas une copie conforme : on peut constater un écart entre les deux définitions.

### B. L'écart entre la définition française et la définition européenne

Article 3-1 de la Directive de 1993 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

On le voit, la loi française transpose fidèlement la notion capitale de déséquilibre significatif, mais elle ne reprend pas deux précisions de la directive européenne : la négociation

individuelle et l'exigence de bonne foi, ce qui conduit à élargir, au moins en théorie, le concept de clause abusive.

Le législateur français avait le droit, en 1995, d'élargir la définition, car la Directive de 1993 opère seulement une harmonisation minimale. Les choses pourraient changer, car la proposition de directive présentée en 2008 et destinée à remplacer celle de 1993 prévoit une harmonisation complète. Si la nouvelle directive est adoptée, le législateur français devra probablement modifier la définition des clauses abusives. Mais cela ne touchera pas le cœur de la définition : le déséquilibre significatif.

### **C. L'élément essentiel des deux définitions : le déséquilibre significatif**

Une clause est abusive quand elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif. Sur ce point, la loi française est en accord avec la Directive de 1993 et avec la proposition de directive de 2008.

La loi française, comme la directive, précise que le caractère abusif s'apprécie en tenant compte du contexte : circonstances ayant entouré la conclusion du contrat, autres clauses du contrat et même clauses d'un autre contrat quand plusieurs contrats sont liés les uns aux autres.

Le mot « significatif » (comme auparavant le mot « excessif ») traduit l'idée que certains déséquilibres sont acceptables, qu'ils ne sont pas considérés comme abusifs. La frontière entre déséquilibre acceptable et déséquilibre inacceptable est difficile à tracer. D'où l'importance des procédures de détermination des clauses abusives.

## **II. LA DÉTERMINATION DES CLAUSES ABUSIVES**

### **A. La constatation du caractère abusif**

Trois organes ont pour mission de constater, en France, le caractère abusif des clauses figurant dans les contrats de consommation : le pouvoir réglementaire (décrets), les tribunaux (jugements), la Commission des Clauses Abusives (avis et recommandations).

L'appréciation du déséquilibre significatif, critère du caractère abusif, relève plus de l'esprit de finesse que de l'esprit de géométrie. D'où la nécessité de confier le travail à des organes impartiaux.

L'appréciation est faite *in concreto* par le juge saisi d'un litige portant sur un contrat déjà conclu : le juge doit alors tenir compte de la situation particulière des contractants et des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat.

L'appréciation est faite *in abstracto* par le juge saisi d'une demande en suppression de clauses abusives dans des types de contrats : sans considérer tel ou tel consommateur en particulier, le juge doit se demander si, de façon générale, la clause crée un déséquilibre significatif au détriment des consommateurs auxquels le contrat sera proposé.

L'appréciation est évidemment faite *in abstracto* par le pouvoir réglementaire et par la Commission des Clauses Abusives. Ainsi sont élaborées des listes de clauses abusives.

## **B. Les listes de clauses abusives**

Le concept de clause abusive est un ensemble flou. Les listes de clauses abusives permettent d'en préciser le contenu, dans un souci de sécurité juridique. A l'intérieur du concept, il existe donc une casuistique.

La matière a été profondément modifiée par la loi du 4 août 2008 « de modernisation de l'économie ». Désormais, les alinéas 2 et 3 de l'article L. 132-1 du code de la consommation confèrent au pouvoir réglementaire la mission d'établir, par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission des Clauses Abusives, deux listes :

- une « liste noire » de clauses qui sont abusives en toutes circonstances,
- et une « liste grise » de clauses qui sont seulement présumées abusives, la preuve de leur caractère non abusif incombant au professionnel.

Ainsi fut pris le décret du 18 mars 2009 : une liste noire de douze clauses figure à l'article R. 132-1 du code de la consommation ; une liste grise de dix clauses à l'article R. 132-2.

A ces deux listes, il convient d'ajouter les « listes indicatives » de clauses dont la Commission des Clauses Abusives recommande la suppression ou la modification.

Les listes ne sont pas limitatives : les tribunaux peuvent toujours, en se référant au déséquilibre significatif, déclarer abusive une clause ne figurant sur aucune liste. Autrement dit, le concept est plus large que la casuistique.

## **CONCLUSION**

L'élimination des clauses abusives dans les contrats de consommation déroge-t-elle au principe de l'autonomie de la volonté ?

Certains le pensent, y voyant une atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire des contrats. Ce n'est pas mon opinion. J'observe en effet 1) que l'exigence de bonne foi a toujours accompagné le principe de l'autonomie de la volonté, 2) que les clauses abusives ne sont pas réellement acceptées par le consommateur.

Loin de déroger au principe de l'autonomie de la volonté, l'élimination des clauses abusives peut être regardée comme un développement réaliste de ce principe.

## **LA COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES : COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT**

*Jean-Marc GRANIER*  
*Secrétaire général de la Commission*

### **Florilège de clauses rencontrées par la Commission**

« **Les erreurs matérielles** de cotisations, facturation, transmission ou chiffres **ne nous engagent pas** »

« Les études, les avis et les conseils fournis par la Société au client ne seront pris en considération que du fait que **celui-ci s'oblige à en vérifier l'exactitude auprès d'une tierce personne de son choix** sachant que les études, les avis et les conseils fournis par la société sont donnés avec la plus grande rigueur »

« **Le client s'interdit d'invoquer toute contestation** pour refuser ou différer le paiement des commandes qu'il a acceptées »

« L'indication de la date d'exécution souhaitée, portée sur le devis, n'est donnée qu'à titre indicatif et **ne peut en aucune manière engager l'entreprise.** »

« **Des dépassements de délai ne peuvent en aucun cas donner lieu à des annulations de commande, des reports de paiement ou des rabais.** »

« La multiplicité des usages et des conditions d'emploi de nos produits **écarte expressément la garantie de l'article 1641 du code civil.** »

« Les sommes versées ne sont **ni des arrhes ni des acomptes.** »

### **Art. L. 132-2 c. conso**

« **La commission des clauses abusives**, placée auprès du ministre chargé de la consommation, **connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs.** Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif. »

### **La Commission des clauses abusives**

- est **composée de 13 membres** (R. 132-3) ;
- émet des **recommandations** (L. 132-4) ;
- est **consultée pour avis** dans le cadre d'une **procédure judiciaire** (R. 132-6) ;
- est **consultée pour avis** avant **décret** en CE (L. 132-1) ;
- assure la **publication** au BOCCRF de ses recommandations (par le ministre) et rapports d'activité (par elle-même) (L. 132-5).
- Dispose d'un **site internet** : [www.clauses-abusives.fr](http://www.clauses-abusives.fr)

### **Les treize...qui font vingt-cinq**

- **Un président**, magistrat de l'ordre judiciaire ;
- **Deux magistrats** de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'État (dont un est VP) ; **Deux personnalités qualifiées** en matière de droit ou de technique des contrats (choisies après avis du CNC) ;
- **Quatre représentants des professionnels** ;
- **Quatre représentants des consommateurs.**

Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant est **commissaire du Gouvernement.**

## Les recommandations

(Art. L. 132-4 c. consom.)

**La commission recommande la suppression ou la modification des clauses abusives. Le ministre peut** soit d'office, soit à la demande de la commission, **rendre publiques ces recommandations qui ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles.**

### Procédure d'élaboration, un long processus

1. **Collecte** des contrats
2. **Désignation** d'un rapporteur
3. **Rapport de cadrage** : la collecte est-elle satisfaisante ?
4. **Pré rapport** : le rapport devient celui de la Commission
5. **Audition** des professionnels
6. **Recommandation**
7. **Publication**

## Les avis aux juridictions

(art. R. 132-6)

- Saisine de la Commission par un **jugement avant dire droit** ;
- Transmission de toutes pièces utiles (contrats...)
- La Commission dispose de **3 mois pour rendre son avis** ;
- L'avis **ne lie pas la juridiction**.

### Procédure d'élaboration

3 mois maximum, délai réglementaire :

1. Réception du **dossier complet** (jugement, contrats, pièces utiles)
2. Désignation d'un **rapporteur**
3. **Rapport** à la Commission
4. **Avis**
5. **Transmission** au greffe
6. **Publication** sur le site (1 mois après transmission)

## Les avis au Gouvernement

(L. 132-1, 1978 & 2008)

**Un décret en Conseil d'État**, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2 détermine :

- **une liste de clauses présumées abusives** (le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse).
- **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.

## **Le rapport d'activité** (L. 132-5)

La commission établit chaque année un rapport de son activité, propose éventuellement les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables.  
Ce rapport est rendu public.

Le site [www.clauses-abusives.fr](http://www.clauses-abusives.fr)

Il donne accès :

- aux **textes** ;
- aux **recommandations** ;
- aux **avis** ;
- aux **rapports d'activité** ;
- à une **base de jurisprudence** ;
- à une **Faq** ;
- à des fichiers **MP3** ;
- à un **moteur de recherche**.

**N'oubliez pas de nous adresser vos jugements & arrêts !**

# **BILAN DES ACTIONS MENÉES EN MATIÈRE DE CLAUSES ABUSIVES SOUS LES DEUX VOILETS : INFORMATION ET RÉPRESSION**

*Elisabeth ROUAULT-HARDOUIN  
Directrice Départementale Nantes  
de la DGCCRF*

## **La modification du dispositif de lutte contre les clauses abusives**

### *Une réforme législative nécessaire*

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a renforcé la protection des consommateurs contre la présence de clauses abusives dans les contrats qu'ils signent avec des professionnels en confiant au Gouvernement le soin d'arrêter une double liste de clauses abusives : une liste de clauses noires, interdites comme telles et une liste de clauses grises, présumées abusives, à charge pour le professionnel de rapporter la preuve contraire.

En effet, jusqu'alors, la loi mettait en œuvre deux voies normatives distinctes pour la reconnaissance du caractère abusif d'une clause, dont les effets juridiques étaient différents :

- soit les clauses étaient regardées comme abusives car reprises en tant que telles dans l'annexe visée au troisième alinéa de l'article L. 132-1. Cette annexe, à valeur législative, reprenait intégralement l'annexe de la directive 93/13/CE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives. C'étaient des clauses qualifiées de « grises » (voire de « blanches » compte tenu du caractère illustratif et non exhaustif de cette annexe) pour lesquelles le consommateur devait apporter la preuve de leur caractère abusif.

- soit les clauses étaient interdites par décrets en Conseil d'Etat sur la base du deuxième alinéa de l'article L. 132-1. C'étaient des clauses dites « noires » pour lesquelles évidemment le consommateur n'avait pas à apporter la preuve de leur caractère abusif. Mais comme cela a été rappelé par Mr le professeur Calais-Auloy, ces clauses noires étaient très peu nombreuses, de l'ordre de 2 ou 3.

De cette rédaction de l'article L. 132-1 du code de la consommation, il résultait un paradoxe juridique puisque la liste indicative de clauses pouvant, le cas échéant, être regardées comme abusives avait valeur législative, alors même que l'interdiction des clauses relevait du domaine réglementaire.

### **Le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009**

La réforme législative a donc donné une meilleure cohérence juridique et une plus grande efficacité au dispositif de lutte contre les clauses abusives, en reconnaissant désormais au seul pouvoir réglementaire le soin de déterminer, par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission des Clauses Abusives (CCA), tant la liste des clauses « noires », regardées de manière irréfutable comme abusives et interdites à ce titre, que celle des clauses « grises », désormais présumées abusives.

Pour ces clauses grises, c'est maintenant au professionnel d'apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Ce point est très important pour la protection du consommateur (ou du non professionnel) car il simplifie évidemment son action devant le juge.

Le décret du 18 mars 2009 publié au journal officiel du 20 mars 2009 établit donc désormais une liste de 12 clauses « noires », abusives et interdites, et une liste de 10 clauses « grises » présumées abusives.

Sur les douze clauses « noires », dix sont issues de l'annexe de la directive visée à l'article L. 132-1 du code de la consommation. Par ailleurs, il a paru utile d'ajouter à cette liste deux clauses, dont le caractère abusif apparaît clair, lisible et incontestable, et qui, de par leur effet, portent gravement atteinte aux intérêts des consommateurs. Il s'agit des points 10 et 11 de l'article 1<sup>er</sup>.

Sur les dix clauses « grises », huit sont issues de l'annexe de la directive, visée à l'article L. 132-1 du code de la consommation. Deux autres clauses, qui ne figurent pas dans l'annexe, ont été ajoutées afin de compléter le dispositif. Il s'agit des points 7 et 8 de l'article 2.

### Les clauses « noires » et « grises » du décret du 18 mars 2009

Ce décret, publié le 20 mars 2009 au journal officiel (décret n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L.132-1 du code de la consommation), liste :

- 12 clauses « noires », qui sont désormais interdites
- 10 clauses « grises », qui sont présumées abusives.

**12 clauses « noires » sont désormais interdites, sans contestation possible du professionnel et ne doivent plus figurer dans les contrats :**

Est interdite la clause qui	<i>Par exemple</i>
constate l'adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document dont il n'a pas eu connaissance avant la conclusion	<i>dans un contrat de location de véhicule, à propos des exclusions de garantie de l'assurance, une clause qui précise que la liste des exclusions de garantie n'est pas exhaustive et l'assureur peut opposer au locataire l'ensemble des conditions, limitations et exclusions figurant dans la police d'assurance qui est mis à la disposition du locataire dans l'établissement du loueur =&gt; <b>elle est désormais interdite</b></i>
restreint l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou mandataires	<i>dans un contrat de maintenance d'immeuble, une clause qui dispose que le professionnel n'est pas tenu par les engagements faits par les représentants du professionnel à l'occasion d'une opération de dépannage ou d'entretien =&gt; <b>elle est désormais interdite</b></i>
autorise le professionnel à modifier unilatéralement les clauses du contrat relative à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre.	<i>dans un contrat de club de sport une clause qui autorise le professionnel à changer les heures et jours d'ouverture, ou à supprimer une des activités offertes =&gt; <b>elle est désormais interdite</b></i>
accorde au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service	<i>dans un contrat de location d'emplacement de résidence mobile, la clause qui réserve au</i>

fourni est conforme aux stipulations du contrat.	<i>professionnel l'appréciation de l'état d'entretien ou de vétusté de la résidence mobile sans énoncer des critères objectifs permettant de caractériser l'état de l'installation</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite</b>
contraint le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes	<i>Dans un contrat de télésurveillance, la clause qui oblige le consommateur à poursuivre le paiement des loyers alors que le contrat de télésurveillance est suspendu, résolu ou résilié</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite</b>
supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une de ses obligations	<i>la clause figurant sur un bulletin de dépôt qui exonère le laboratoire photo de toute responsabilité en cas de perte des diapositives</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite</b>
interdit au consommateur de demander la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations.	<i>la clause d'un contrat d'installation de cuisine qui dispose qu'un retard ne peut en aucun cas constituer une cause de résiliation de la commande</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite.</b>
reconnaît au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat sans reconnaître le même droit au consommateur	<i>dans un contrat de dépôt de vente, une clause qui réserve le droit à l'entrepôt d'interrompre le contrat sur simple appel téléphonique ou courrier simple, le déposant dispose alors de 72 heures pour enlever ses objets mis en vente, alors qu'aucune clause n'offrirait en revanche de possibilité de résilier au consommateur.</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite.</b>
permet au professionnel de retenir les sommes versées pour des prestations qui ne sont pas réalisées, lorsqu'il résilie discrétionnairement le contrat	<i>Dans un contrat de club de danse, une clause qui indiquerait que les forfaits de cours non épuisés ne sont pas remboursables en cas de fermeture du club</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite.</b>
soumet, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel	<i>la clause dans un contrat d'hébergement pour personnes âgées qui prévoit que la résiliation à l'initiative de l'établissement s'effectue moyennant un préavis d'1 mois à compter de l'envoi du courrier alors que la résiliation à l'initiative de ce dernier intervient à l'expiration d'un délai de 2 mois</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite.</b>
soumet, dans les contrats à durée indéterminée la résiliation, par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel	<i>La clause d'un contrat de télésurveillance qui prévoit des frais de résiliation à la charge du consommateur.</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite.</b>
impose au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable devrait incomber au professionnel	<i>dans un contrat d'assurance la clause qui dispose que la charge de la preuve des exclusions de garantie incombe à l'assuré.</i> <b>=&gt; elle est désormais interdite.</b>

**10 clauses « grises » sont présumées abusives. En cas de litige, c'est au professionnel qu'il appartient de démontrer que la clause dans son contrat n'est pas abusive**

Est présumée abusive la clause qui	<i>Par exemple</i>
prévoit un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté	<i>Dans un contrat d'achat de véhicule automobile, qualifié de bon de commande, la clause qui dispose que le contrat ne devient définitif qu'après la signature du directeur de l'établissement</i>
autorise le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent ou égale au double de versement d'arrhes, si c'est le professionnel qui renonce.	<i>Dans un contrat concernant une prestation de traiteur pour un mariage, la clause de résiliation qui stipule que toute résiliation par le client d'une commande ou réservation acceptée, qu'elle qu'en soit la cause, entraîne pour celui-ci, la perte de l'acompte au titre de l'indemnité forfaitaire et définitive et irréductible sans prévoir par ailleurs une indemnité du client si la résiliation est à l'initiative du professionnel.</i>
impose au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné.	<i>Dans un contrat de club de sport, la clause qui stipule que tout adhérent du club qui prêterait sa carte d'adhérent serait soumis à une pénalité d'un montant de 540 euros.</i>
reconnaît au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable.	<i>La clause d'une convention de compte bancaire qui stipule que la clôture du compte peut intervenir sur l'initiative de la banque après expiration d'un délai de préavis de cinq jours.</i>
permet au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque la cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur.	<i>Dans un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié en vrac, la clause qui permet à la société distributrice de procéder à la cession de son contrat sans objection possible du consommateur et sans qu'il soit assuré du maintien de ses droits et obligations contractuels.</i>
réserve au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties (autres que celles interdites)	<i>Dans un contrat de téléphonie mobile la clause qui prévoit que les factures sont établies par périodicité mensuelle mais que toutefois l'opérateur se réserve le droit de faire varier cette périodicité après en avoir avisé l'abonné.</i>
stipule une date indicative d'exécution du contrat	<i>Dans un contrat d'achat de meubles la clause qui disposerait : « les dates de livraison, que nous nous efforçons toujours de respecter, ne sont données toutefois qu'à titre indicatif »</i>
soumet la résiliation du contrat à des modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel.	<i>Dans un contrat « triple play », la clause qui prévoit que la résiliation du contrat à l'initiative de l'opérateur s'effectuera moyennant un préavis d'un mois à compter de l'envoi d'un courrier électronique au</i>

	<i>consommateur, alors que la résiliation à l'initiative de ce dernier ne peut intervenir, à l'expiration du même délai, qu'à compter de la réception par le professionnel d'une lettre recommandée.</i>
limite indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur	<i>Dans un contrat de convention de compte bancaire, la clause qui prévoit qu'en cas de dépôt d'espèces à un guichet automatique, le ticket délivré au client ne fera pas preuve du dépôt et de son montant et que la preuve sera uniquement rapportée par l'inventaire réalisé par l'établissement de crédit. Une telle clause ne permet pas au client de prouver que le montant qu'il a déposé est différent de celui inventorié.</i>
supprime ou entrave 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.	<i>Dans un contrat de déménagement, la clause qui limite à trois jours le délai pour effectuer des réclamations en cas de dommages survenus à l'occasion des opérations de déménagement.</i>

### L'action des pouvoirs publics pour lutter contre les clauses abusives

Le renforcement du dispositif législatif et réglementaire concernant les clauses abusives sera d'autant plus efficace qu'il pourra bénéficier d'une plus grande effectivité dans sa mise œuvre, s'agissant tout particulièrement de l'action des pouvoirs publics.

Cette évolution est aujourd'hui rendue possible grâce aux dispositions de l'article L. 141-1 du code de la consommation qui, depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005, reconnaît aux agents de la DGCCRF de nouveaux pouvoirs en leur permettant :

- de prendre des injonctions administratives à l'encontre des professionnels pour faire cesser des agissements illicites ou abusifs
- de demander au juge, et s'il y a lieu sous astreinte, la suppression des clauses illicites ou abusives dans les contrats destinés aux consommateurs.

### Les pouvoirs d'injonction administrative en matière de clauses abusives ou illicites

1)-En application du V de l'article L. 141-1 du code de la consommation le pouvoir d'injonction administrative ne peut être exercé qu'à l'égard de clauses illicites ou interdites.

Sont concernées :

- les clauses illicites visées par les dispositions légales reprises aux I, II et III de l'article L. 141-1 code de la consommation.
- les clauses contraires aux obligations légales visées aux I, II et III de l'article L. 141-1 code consommation

- clauses interdites visées au R132-1 du code consommation à titre de « clauses noires » énumérées ci après :
  - adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit ;
  - restreint l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou mandataires ;
  - autorise le professionnel à modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;
  - accorde au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service rendu est conforme aux stipulations du contrat ;
  - contraint le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes ;
  - supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le professionnel de l'une de ses obligations ;
  - interdit au consommateur de demander la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations ;
  - reconnaît au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat sans reconnaître le même droit au consommateur ;
  - permet au professionnel de retenir les sommes versées pour des prestations qui ne sont pas réalisées lorsqu'il résilie discrétionnairement le contrat ;
  - soumet dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel ;
  - soumet dans les contrats à durée indéterminée la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;
  - impose au consommateur la charge de la preuve qui en vertu du droit applicable devrait incomber au professionnel.

#### Les actions en suppression de clauses abusives

Outre les clauses illicites, en cas de non-respect d'une mesure d'injonction notamment, l'Administration peut également obtenir du juge la suppression d'une ou plusieurs clauses présumées abusives ou simplement abusives contenues dans des contrats proposés aux consommateurs.

#### Les conséquences de ce nouveau dispositif sur l'action de la DGCCRF :

1) **Les mesures d'injonction** vont pouvoir être plus largement utilisées car elles ont vocation à s'appliquer aux seules clauses abusives interdites. En effet, le caractère abusif d'une clause relève, hors les cas du décret, de la seule appréciation des juges du fond. Il n'appartient pas aux agents de la DGCCRF de juger a priori du caractère abusif d'une clause, même présumé, et d'enjoindre sa suppression au professionnel.

Ainsi, la liste des douze clauses interdites du décret constitue un champ nouveau pour l'exercice par l'administration de son pouvoir d'injonction en vue de contraindre les professionnels à retirer de leurs contrats de telles clauses de leurs contrats.

2) **Quant à l'action en cessation**, qui permet à l'administration d'obtenir du juge la suppression d'une ou plusieurs clauses abusives ou illicites contenues dans un contrat proposé aux consommateurs, elle sera également facilitée. En effet, désormais, en plus des recommandations de la CCA qui viennent utilement servir de support pour reconnaître le caractère abusif des clauses et en demander la suppression, l'Administration pourra également s'appuyer sur les clauses reprises par le décret.

Ainsi, le décret, qui fixe les deux listes de clauses, offre donc aujourd'hui un champ d'intervention élargi des suites possibles pouvant être données à l'action de la DGCCRF dans le domaine de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats de consommation.

### **Bilan des actions menées en suppression des clauses abusives**

#### **Des actions préventives : l'exemple du gaz de pétrole liquéfié (GPL)**

La DGCCRF a réalisé sur la période 2008-2009 une enquête dans le secteur du GPL vendu en vrac (propane) à destination des citernes individuelles. Cette enquête a mis en lumière le fait que les pratiques sur le marché de la fourniture du GPL en vrac n'étaient pas globalement favorables aux consommateurs.

En effet, face à un marché déclinant, les acteurs ne répercutent pas ou peu la baisse des prix constatés sur les marchés mondiaux. Cette situation se combine à un manque de transparence tarifaire, un certain nombre de clauses abusives et illicites rendant le client captif et des frais de sorties prohibitifs. L'ensemble de ces éléments limite donc fortement la liberté de choix de l'utilisateur et la mobilité des fournisseurs.

Face à cette situation, un communiqué de presse de Christine Lagarde et Hervé Novelli a été publié le 28 décembre 2009 demandant aux fournisseurs de GPL de mettre leurs contrats en conformité avec le droit de la consommation.

#### **28 décembre 2009 - Christine LAGARDE et Hervé NOVELLI demandent aux fournisseurs de gaz de pétrole liquéfié (GPL) de mettre leurs contrats en conformité avec le droit de la consommation**

Christine LAGARDE et Hervé NOVELLI demandent aux fournisseurs de gaz de pétrole liquéfié (GPL)

de mettre leurs contrats en conformité avec le droit de la consommation

Hervé NOVELLI, secrétaire d'Etat chargé du Commerce, de l'Artisanat, des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation a demandé à la DGCCRF d'examiner les contrats de fourniture de GPL.

Les consommateurs qui habitent en zone rurale, lorsqu'ils ne sont pas raccordés au gaz de ville utilisent le plus souvent le gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac. Le propane est alors stocké dans des citernes extérieures, aériennes ou enterrées.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a visité 40 établissements qui relevaient des 6 opérateurs présents sur ce marché.

L'examen des contrats de fourniture de GPL en vrac pour les citernes individuelles a révélé la présence de nombreuses clauses abusives ou illicites qui contribuent à rendre le client captif et à maintenir des prix élevés (par exemple : subordination de la fourniture de GPL à l'entretien de la citerne, prix indéterminé ou indéterminable, modalités de résiliation du contrat rédigées dans des termes systématiquement défavorables au consommateur).

Ces clauses empêchent le client de changer de fournisseur et de faire jouer la concurrence entre les différentes formes d'énergie sur la durée du contrat, qui est parfois très longue.

Des rectifications ont été demandées à toutes les entreprises concernées. Un fournisseur a déjà accepté de revoir l'intégralité de ses contrats. Face à la constance de ces manquements observés depuis plusieurs années sur le marché à l'origine de plaintes de consommateurs, la DGCCRF va engager des procédures visant à supprimer les clauses illicites ou abusives toujours présentes dans les autres contrats, afin de rééquilibrer la relation contractuelle entre les fournisseurs de GPL et leurs clients.

Contacts Presse :

Cabinet de Christine LAGARDE - Jean-Marc PLANTADE / Elisa GHIGO : 01 53 18 41 35

Cabinet d'Hervé NOVELLI - Aurore LONGUET : 01 53 18 46 35

Sur cette base, la DGCCRF a pris l'attache des opérateurs concernés, afin qu'ils procèdent à une refonte complète de leurs contrats. Certaines entreprises ont déjà fait part de leur volonté de coopérer et des contrats ont déjà été revus afin d'en supprimer les clauses abusives.

Cependant, face à la constance des manquements observés depuis plusieurs années, des mesures d'injonction pourront être déclenchées, préalablement à une éventuelle assignation devant la juridiction civile, aux fins de suppression des clauses abusives et illicites qui seraient maintenues.

### **Bilan des assignations :**

Nombre d'affaires : 5 assignations en suppression de clauses abusives et une affaire jugée

➤ assignation en suppression de clauses interdites ou abusives devant le Tribunal de Grande Instance de Bourges à l'encontre de la société Pan euro nord exerçant sous la dénomination d'Office des locataires une activité similaire de marchands de liste- exercice réglementé par la loi n°70-9 du 2 janvier 1970.

### **Jugement rendu le 19 mars 2009-par le TGI de Bourges**

Déclare illicite la clause relative à l'obligation principale de fourniture immédiate d'informations immobilières, contraire à l'article 72-1 du décret du 20 juillet car ne permettant pas de connaître la durée du contrat et ayant pour effet de permettre au marchand de liste de recevoir une rémunération avant l'expiration complète de son obligation.

A déclaré abusive :

- la clause relative à la fourniture gracieuse de listes postérieures
- la clause qui exonère le professionnel de toute responsabilité en cas de fourniture d'information erronées
- la clause de récépissé de remise de fichier comme faisant foi de ce que l'ODL a rempli sa mission.
- la clause relative au remboursement partiel y compris en cas d'inexécution de la part du professionnel
- la clause relative à la vérification auprès du bailleur de son droit de louer qui exonère le professionnel de toute vérification quand à la disponibilité du bien
- Ordonne la suppression des clauses sous astreinte de 500 euros par jour de retard pendant deux mois

Condamne à 1000 euros sur le fondement de l'article 700 du CPC

Condamne aux entiers dépens

➤ 3 assignations en suppression de clauses interdites et abusives à l'encontre de campings proposant des contrats locatifs d'emplacement de mobil home

-assignation devant le TGI à Cherbourg à l'encontre du camping l'Hermitage à Saint Jean la rivière

-assignation devant le TGI des Sables d'Olonne à l'encontre du camping la Pomme de Pin

-assignation devant le TGI des Sables d'Olonne à l'encontre de la SARL « Le pré des Sables »

Dans le cadre de cette dernière assignation, il est demandé au tribunal de :

-Déclarer interdite sur le fondement de l'article R.132-1 la clause figurant au point 7 de l'annexe du règlement général prévoyant en cas de non respect de celle ci la résiliation de plein droit du contrat dès lorsqu'elle reconnaît au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat sans reconnaître le même droit au consommateur( point 8°).

-Déclarer abusives sur le fondement de l'article L.132-1 du code de la consommation, les clauses mentionnées :

-au point 1 du règlement intérieur permettant au gérant du camping d'expulser le propriétaire d'un mobile home dès la commission d'« une infraction »

-au point 7 du règlement interdisant aux usagers de mobiles home l'accès aux sanitaires

-à l'article 2-2 du contrat de location prévoyant à l'échéance du contrat la résiliation de plein droit du contrat sans information préalable ainsi que l'enlèvement des équipements avec paiement des frais occasionnés.

-à l'article 4 du contrat qui impose le paiement d'une redevance systématique aux visiteurs

-à l'article 5 qui impose des frais de mutations ou d'entrée dans le camping d'un mobile home venant d'un autre camping

-à l'article 8 qui prévoit la possibilité pour le gérant de camping de procéder à une remise en état des lieux du mobile home sans préavis et aux frais du propriétaire du mobile home

-à l'article 14 prévoyant la résiliation de plein droit en cas de manquement quelconque par le propriétaire du mobile home à ses obligations

-à l'article 14 prévoyant en cas de manquement quelconque par le propriétaire du mobile home à ses obligations de procéder lui même à l'expulsion de ce dernier.

➤ assignation en suppression de clauses interdites ou abusives devant le TGI de Paris à l'encontre d'une société « Les Thermes de Paris » exploitant des salles de sport. ( il est possible que cette assignation ne soit pas enrôlée car le professionnel a déclaré rectifier ses contrats au moment de la réception de l'assignation)

09/139

EXTRAIT DES ACTES ET PROCÈS-VERBAUX DU GREFFE  
DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE BOURGES  
DEPARTEMENT DE BOURGES

RG N° 07/01892  
PV/LND

REPUBLIQUE FRANÇAISE  
Ministère de la Justice

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE  
DE BOURGES**

**JUGEMENT RENDU LE : 19 Mars 2009**

**DIRECTEUR DEPARTEMENTAL DE LA CONCURRENCE DE LA CONSOMMATION ET DE LA REPRESSION  
DES FRAUDES représenté par Mr ROUX**

C/  
**S.A.R.L. PAN EURO NORD (PEN) prise en son établissement secondaire 9, avenue Jean Jaurès BOURGES**

**DEMANDEUR(S) :**

**DIRECTEUR DEPARTEMENTAL DE LA CONCURRENCE DE LA CONSOMMATION ET DE  
LA REPRESSION DES FRAUDES représenté par Mr ROUX  
18-20 avenue du 11 novembre 1918 - 18021 BOURGES**

Comparant et plaidant par Monsieur Philippe de LA BASTIDE, muni d'un mandat

**DEFENDEUR(S) :**

**S.A.R.L. PAN EURO NORD (PEN)  
8, rue de la République - 34000 MONTPELLIER  
prise en son établissement secondaire 9, avenue Jean Jaurès BOURGES**

Comparant par la SCP SOREL & ASSOCIES, Avocat au Barreau de BOURGES,  
et plaidant par la SELARL LIGERJURIS, Avocat au Barreau de NANTES

**COMPOSITION DU TRIBUNAL lors des débats et du délibéré :**

Président : Pierre VENNEGUES, vice-président,  
Assesseurs : Pascale BALLERAT et Laura TARDY, juges,

Greffier lors des débats : Laurence NOYER-DESBOURDIER

**DEBATS :**

A l'audience publique du 15 Janvier 2009, présidée par Monsieur VENNEGUES lequel a fait  
rapport oral de l'affaire et qui a annoncé que le jugement serait rendu le 19 Mars 2009 par mise  
à disposition au greffe,

**JUGEMENT :**

Mis à disposition des parties à la date annoncée par le Président, assisté de Mademoiselle  
Marie-Annick VITOT, Greffier.

NI

## EXPOSE DU LITIGE:

La SARL PAN EURO NORD, exerçant sous la dénomination d'OFFICE DES LOCATAIRES se présente comme "un organisme de droit privé permettant à ses adhérents de traiter directement avec des propriétaires particuliers qui lui confient leurs biens." Elle dispose pour cela d'un réseau de succursales réparties sur l'ensemble du territoire français qui possèdent chacune une autonomie de gestion permettant de conclure directement les conventions avec la clientèle - propriétaires ou locataires - et de percevoir les fonds liés à l'exercice de l'activité.

L'activité de la SARL PAN EURO NORD, assimilable à celle des marchands de listes, consiste à mettre à la disposition de la clientèle une information sur les biens mis en location par des propriétaires sans intervenir dans la conclusion du bail.

Son exercice est réglementé par la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 dite "loi Hoguet" et le décret n°72-678 du 20 juillet 1972.

À la suite d'une plainte déposée par Monsieur CVETKOVSKI, un fonctionnaire de la DDCCRF du Cher est intervenu le 9 novembre 2006 à l'agence de l'ODL située 9 avenue Jean Jaurès à Bourges.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 17 novembre 2006, la DDCCRF du CHER a informé l'agence ODL du caractère abusif de certaines clauses insérées dans les conditions générales du contrat de vente de listes proposé à ses clients.

Lors d'un nouveau contrôle effectué le 10 juillet 2007, il a été constaté qu'aucune modification n'avait été apportée au contrat utilisé par ODL.

Aussi, par acte d'huissier du 10 octobre 2007, le directeur départemental de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes du CHER a fait assigner la SARL PAN EURO NORD devant le tribunal de grande instance de BOURGES pour voir:

- dire et juger son action recevable en application de l'article L.141-1 V du code de la consommation;
- déclarer illicite en application des dispositions de l'article 79-2 du décret du 20 juillet 1972 la clause de l'article 2 alinéa 1<sup>er</sup> des conditions générales du contrat prévoyant que la seule obligation due par le professionnel consiste en la fourniture immédiate d'informations immobilières;
- déclarer abusives sur le fondement des articles L.132-1 et L.132-2 du code de la consommation:
  - \* la clause de l'article 9 des conditions générales présentant comme gracieuses, après remise d'une liste initiale, la remise des listes postérieures,
  - \* la clause de l'article 4 des conditions générales exonérant le professionnel de responsabilité en cas de fourniture d'informations erronées;
  - \* la clause de l'article 5 des conditions générales stipulant la reconnaissance par le consommateur de ce que la prestation est exécutée dès la délivrance du récépissé de remise de fichier, et conférant à ce document une force probante ayant un caractère exclusif et irréfragable;

- \* la clause de l'article 6 des conditions générales limitant la responsabilité du vendeur à un remboursement partiel seulement en cas de non respect de son obligation de remise de fichier;
- \* la clause de l'article 6 des conditions générales mettant à la charge du consommateur l'obligation de s'assurer auprès du bailleur de son droit de louer;

- déclarer lesdites clauses non écrites;
- ordonner leur suppression sous astreinte de 1.000 € par jour de retard, sous quinze jours à compter de la signification du jugement à intervenir;
- ordonner l'exécution provisoire de la décision;
- condamner la SARL PAN EURO NORD au paiement de la somme de 1.200 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Selon ses dernières écritures, le directeur de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes du département du Cher reprend l'ensemble des prétentions exprimées dans l'acte introductif d'instance et conclut au rejet des demandes formées à titre subsidiaire par la société défenderesse.

Aux termes de ses ultimes conclusions, la SARL PAN EURO NORD réfute l'argumentation développée par l'administration demanderesse et sollicite le rejet pur et simple de l'ensemble de ses demandes.

À titre subsidiaire, si la suppression de certaines clauses devait être ordonnée, elle demande au tribunal de:

- débouter la DDCCRF du Cher de sa demande tendant à ce que cette suppression intervienne sous astreinte dans un délai de quinzaine;
- dire n'y avoir lieu à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Enfin, elle sollicite la condamnation de la DDCCRF au paiement d'une somme de 2.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens dont distraction au profit de la SCP SOREL & associés.

\*\*\*

Vu l'article 455 du code civil;

Vu les écritures des parties auxquelles il est expressément renvoyé pour l'exposé complet de leurs moyens et prétentions;

Vu l'ordonnance de clôture en date du 18 novembre 2008.

#### MOTIFS:

##### A. SUR LE CARACTÈRE ILLICITE OU ABUSIF DES CLAUSES CRITIQUÉES:

L'action formée par la DDCCRF repose sur les dispositions de l'article L.141-1 V du code de la consommation aux termes desquelles "l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu à la

*juridiction administrative, d'ordonner, s'il y a lieu sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur.*"

L'article L. 132-1 du même code dispose en son premier alinéa que "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."

Cet article comporte en annexe une liste indicative et non exhaustive des clauses pouvant être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au le premier alinéa.

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 contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat.

Certaines clauses sont par ailleurs expressément interdites comme abusives par les articles R 132-1, R 132-2 et R 132-2-1 du code de la consommation. Ainsi en est-il, aux termes du premier des textes cités, de la clause contenue dans les contrats de vente conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou consommateurs ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations.

Conformément à l'article L. 132-1 alinéa 6 du code de la consommation, les clauses abusives sont réputées non écrites.

En ce qui concerne en particulier le contrat de vente de listes en matière immobilière, l'article 79-2 du décret du 20 juillet 1972 dernièrement modifié par le décret n°2005-1315 du 21 octobre 2005 prévoit notamment que l'acheteur de listes ou de fichiers et le vendeur professionnel précise son objet, sa durée, les caractéristiques du bien recherché ainsi que le montant de la rémunération convenue et rappelle l'interdiction pour le marchand de listes de recevoir paiement préalablement à la parfaite exécution de son obligation de fournir effectivement les listes ou fichiers.

En outre, la commission des clauses abusives régie par les articles L. 132-2 à L. 132-5 et R 132-3 à R 132-6 du code de la consommation a émis une recommandation n°2002-01 relative aux contrats de vente de listes en matière immobilière publiée au BOCCRF le 26 février 2002, qui, si elle est dépourvue d'effet obligatoire, s'inscrit néanmoins dans le paysage normatif et peut constituer une indication sérieuse pour apprécier la caractère abusif des clauses insérées dans ce type de contrat.

C'est à la lumière de ces observations qu'il convient d'examiner une à une les clauses des conditions générales du contrat proposé par l'OFFICE DES LOCATAIRES de Bourges à ses clients dont la DDCCRF sollicite la suppression.

#### 1. La clause relative à l'obligation principale du marchand de listes:

Il est stipulé à l'article 2 alinéa 1<sup>er</sup> des conditions générales du contrat que "le client reconnaît expressément que la seule obligation due par OFFICE DES LOCATAIRES consiste en la fourniture immédiate d'informations immobilières concernant des appartements libres à la location, les caractéristiques du bien recherché étant définies sur la convention.."

Le fait pour le marchand de listes de ne pas mentionner explicitement la durée du contrat ne permet pas au consommateur de savoir combien de temps il va bénéficier de la prestation. En revanche, il autorise le professionnel à percevoir immédiatement une rémunération avant même l'exécution complète de son obligation.

Si l'article 79-2 du décret du 20 juillet 1972 n'a pas pour effet d'imposer aux marchands de listes de fournir une prestation pendant une période de temps minimale, c'est en l'occurrence faussement que la SARL PAN EURO NORD ( ODL ) confère un caractère instantané à l'obligation qui lui incombe de remettre une liste ou un fichier. En effet, en contradiction totale avec les conditions générales, les autres documents contractuels produits au débat démontrent que le service rendu par ODL s'inscrit dans la durée. Ainsi, il figure sur le document intitulé "contrat d'engagements réciproques" conclu le 14 octobre 2006 entre ODL et Monsieur CVETKOWSKI une date de début ( 14 octobre 2006 ) et une date d'expiration ( 13 avril 2007 ). Ces mêmes dates sont encore mentionnées sur la facture établie par ODL le 14 octobre 2006 à l'attention du même acheteur sur laquelle la prestation du marchand de listes est d'ailleurs définie non comme la remise instantanée d'un fichier mais comme la souscription à un abonnement d'une durée de six mois à des journaux d'offres.

Force est dès lors de constater que la clause critiquée est illicite puisqu'elle contrevient aux dispositions de l'article 72-1 du décret du 20 juillet 1972 en ne mentionnant pas expressément la durée du contrat et en permettant au marchand de liste de recevoir une rémunération avant l'exécution complète de son obligation.

## 2. La clause relative à la fourniture gratuite de listes postérieures:

L'article 9 des conditions générales du contrat litigieux - intitulé "SERVICE PLUS" - est ainsi rédigé: "À titre gracieux et sans qu'aucune obligation de remplacement de fichiers ne soit due, alors que la prestation rémunérée par "Office des locataires" a été remplie sur simple présentation de la carte personnalisée remise lors de la signature, le client pourra à tous moments se présenter dans l'un des bureaux du groupe PAN EURO et pourra retirer toutes nouvelles offres de location conformes aux critères de sélection initialement prévus."

Comme le relève justement la DCCRF, cette clause laisse croire au consommateur qu'il bénéficie d'une libéralité de la part du vendeur. Elle est en outre de nature à détourner l'obligation légale de fixer une durée au contrat.

Elle emporte un déséquilibre significatif entre le professionnel et son cocontractant non-professionnel ou consommateur et doit donc être considéré comme abusive au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation.

C'est au demeurant ce qu'a estimé la commission des clauses abusives dans sa recommandation publiée le 26 février 2002 ( point B 11 ).

## 3. La clause exonérant le marchand de listes en cas de fourniture de renseignements inexacts par le propriétaire sur le descriptif et la date de disponibilité du bien:

L'article 4 des conditions générales stipule que:

"L'attention du client est attirée sur le fait que les biens sont proposés à la location pour le compte du propriétaire.

*L'exactitude des informations concernant les biens proposés à la location et concernant le descriptif et la date de disponibilité sont transmis au client sous la seule responsabilité des propriétaires qui en ont informé "Office des Locataires", ce que le client accepte."*

L'alinéa 2 de cette clause a pour effet d'exonérer le professionnel de toute responsabilité en cas de fournitures d'informations erronées alors même qu'il se trouve débiteur envers son client non-professionnel ou consommateur d'une obligation de renseignement fondée sur l'article 1147 du code civil qui est d'autant plus étendue qu'elle constitue l'essence du contrat de vente de listes en matière immobilière lequel a pour objet la fourniture d'informations permettant la recherche d'un bien immobilier disponible à la location.

Le client, pour sa part tenu d'exécuter immédiatement sa propre obligation de payer la rémunération convenue, se trouve ainsi privé de la possibilité de faire valoir son droit à l'encontre du marchand de listes en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse de son engagement contractuel. La clause crée donc un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel ou consommateur. ( cf Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 30 octobre 2007, n°06-11.032 ).

Elle a par ailleurs pour objet ou pour effet de supprimer ou réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations au sens de l'article R.132-1 du code de la consommation.

Elle doit donc être regardée comme abusive.

La commission des clauses abusives a au demeurant recommandé que soient éliminées des contrats de marchand de listes immobilières les clauses ayant pour objet ou pour effet de permettre au professionnel de s'exonérer de toute responsabilité lorsqu'il a fourni des renseignements erronés ou proposé des biens indisponibles ( point B 9 de la recommandation du 13 décembre 2001 publiée le 26 février 2002 ).

#### 4. La clause relative au récépissé de remise de fichier:

L'article 5 alinéa 1<sup>er</sup> des conditions générales indique que "le récépissé de remise du fichier atteste de la fourniture immédiate de la seule prestation due par OFFICE DES LOCATAIRES" et que "seul ce récépissé fait foi de ce que OFFICE DES LOCATAIRES a rempli sa mission".

Les parties sont libres de s'accorder sur les moyens de preuve qu'elles entendent adopter. La délivrance d'un récépissé de remise de fichier peut parfaitement constituer une présomption de bonne exécution de son obligation par le vendeur de listes immobilières.

En revanche, la clause critiquée laisse clairement croire au client consommateur qu'il n'est admis à rapporter la preuve contraire par aucun autre moyen et se trouve privé de toute possibilité de rechercher la responsabilité contractuelle du professionnel après avoir le cas échéant vérifié les informations communiquées.

En cela, elle comporte un déséquilibre significatif entre les parties au contrat en la défaveur du non-professionnel ou consommateur et doit être considérée comme abusive en application de l'article L.132-1 du code de la consommation.

La commission des clauses abusives a au demeurant recommandé que soient éliminées des contrats de marchand de listes immobilières les clauses ayant pour objet ou pour

effet de laisser croire au consommateur que seuls les documents établis par le professionnel ont force probante ( point B 7 de la recommandation publiée le 26 février 2002 ).

5. La clause relative au remboursement partiel:

L'article 6 alinéa 1<sup>er</sup> des conditions générales prescrit que *"seul le non respect des obligations de remise du fichier de "Office des Locataires" selon les critères définis par le client, peut donner droit au remboursement partiel de la somme versée lors de la signature de la convention."*

Cette clause ne prévoit qu'un remboursement partiel y compris en cas d'inexécution totale de la part du professionnel qui peut ainsi conserver une partie de la somme versée par le consommateur sans la moindre contrepartie pour ce dernier, étant observé que l'existence de frais fixes qui seraient engagés par le marchand de listes et pourraient le cas échéant justifier le caractère partiel du remboursement n'est pas démontrée ni même invoquée.

En outre, en apportant une telle limite aux possibilités de remboursement du consommateur, cette stipulation contractuelle le prive de la faculté de mettre fin au contrat même en cas de motif légitime lié notamment à sa situation personnelle.

Elle contribue ainsi à créer un déséquilibre en faveur du professionnel qui la rend abusive au regard des dispositions de l'article L.132-1 du code de la consommation en dépit de celles prévues à l'article 1134 du code civil.

Bien que son avis ne lie aucunement le tribunal, il importe de relever que la commission des clauses abusives a au demeurant recommandé que soient éliminées des contrats de marchand de listes immobilières les clauses ayant pour objet ou pour effet de refuser ou limiter excessivement la possibilité de remboursement, et notamment lorsque:

- a- l'adhérent rompt le contrat avant le terme, pour motif légitime;
- b- le consommateur trouve un logement par ses propres moyens;
- c- le remboursement peut avoir lieu seulement si le professionnel ne formule aucune proposition;
- d- le contrat a reçu un commencement d'exécution;
- e- le professionnel n'a proposé qu'un nombre très limité d'offres conformes;
- f- il est prévu la déduction de frais excessifs ( cf point B 5 de la recommandation du 13 décembre 2001 ).

6. La clause relative à la vérification auprès du bailleur de son droit de louer:

Aux termes de l'article 6 alinéa 2 des conditions générales:

*"Le client seul est habilité à traiter ou à ne pas traiter avec les propriétaires, "Office des Locataires" ne peut être tenu pour responsable des suites éventuelles de transaction. Il appartient au client et à lui seul de s'assurer que le bailleur bénéficie bien du droit de louer et doit réclamer un reçu en échange de tous fonds ou valeurs."*

Cette clause a finalement pour effet de dispenser le marchand de listes professionnel de toute vérification quant à la disponibilité du bien à la location et de l'exonérer de toute responsabilité dans l'hypothèse où le bien figurant sur la liste cédée à titre onéreux, censé répondre aux souhaits exprimés par le client à la recherche d'un bien à louer, ne peut finalement être donné à bail.

Si le marchand de listes ne dispose pas des mêmes moyens d'information que l'agent immobilier et n'a pas les mêmes obligations que celui-ci, il lui revient néanmoins de vérifier régulièrement l'exactitude des données qui lui sont fournies par les propriétaires, en particulier sur la disponibilité du bien à la location, avant de les vendre à ses clients.

La clause litigieuse, en ce qu'elle a pour effet de permettre la vente de données sans la moindre garantie quant à leur fiabilité, est génératrice d'un déséquilibre significatif au détriment du consommateur ou non-professionnel et doit donc être déclarée abusive conformément à l'article L.132-1 du code de la consommation.

C'est au demeurant dans ce sens que la commissions des clauses abusives s'est prononcée dans sa recommandation publiée le 26 février 2002 en suggérant l'élimination des clauses des contrats de marchand de listes immobilières ayant pour objet ou pour effet de laisser croire au consommateur qu'il doit vérifier lui-même si le bailleur présenté dispose du droit de louer ( cf point B 10 ).

#### **B. LE SORT DES CLAUSES DÉCLARÉES ABUSIVES:**

Les clauses abusives sont réputées non écrites et doivent être éliminées des contrats proposés par la société défenderesse dans un délai qu'il convient de fixer à trois mois à compter de la signification du présent jugement.

À défaut de s'être exécuté à l'expiration de ce délai, la SARL PAN EURO sera redevable d'une astreinte provisoire de 500 € par jour de retard pendant deux mois.

#### **C. LES FRAIS IRREPETIBLES ET LES DÉPENS:**

La SARL PAN EURO NORD succombe en tous points. Il convient par conséquent de la condamner à payer à la DDCCRF du Cher une somme qu'il apparaît équitable de limiter à 1.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

De même, elle sera tenue aux entiers dépens conformément à l'article 696 du même code.

#### **D. L'EXÉCUTION PROVISOIRE:**

Au regard de la nature de l'affaire, il n'est pas justifié d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement.

#### **PAR CES MOTIFS:**

Le tribunal, statuant publiquement et contradictoirement, en premier ressort:

Reçoit l'action de la Direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ( DDCCRF ) à l'encontre de la SARL PAN EURO NORD en application de l'article L 141-1 du code de la consommation;

Déclare contraire aux dispositions de l'article 79-2 du décret n°72-678 du 20 juillet 1972 la clause figurant à l'article 2 alinéa 1<sup>er</sup> des conditions générales du contrat proposé par la SARL PAN EURO NORD sous la dénomination OFFICE DES LOCATAIRES ( ODL ) à ses clients;

Déclare abusives sur le fondement des dispositions des articles L.132-1 et L.132-2 du code de la consommation les clauses figurant aux articles 9, 4 alinéa 2, 5 alinéa 1<sup>er</sup>, 6 alinéa 1<sup>er</sup> et 6 alinéa 2 des conditions générales du contrat proposé par la SARL PAN EURO NORD sous la dénomination OFFICE DES LOCATAIRES ( ODL ) à ses clients;

Dit que ces clauses sont réputées non écrites et ordonne leur suppression par la SARL PAN EURO NORD dans un délai de trois mois à compter de la signification du présent jugement, sous peine, passé ce délai, d'une astreinte provisoire de 500 € par jour de retard pendant deux mois;

Condamne la SARL PAN EURO NORD à payer à la Direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ( DDCCRF ) la somme de mille euros ( 1.000 € ) sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile;

Condamne la même aux entiers dépens;

Dit n'y avoir lieu à l'exécution provisoire du présent jugement.

Ainsi fait et mis à la disposition des parties au greffe du Tribunal de Grande Instance, les jour, mois et an susdits. Et nous avons signé avec le Greffier.

Le greffier,

M.-A. VITOT

Le Président,

P. VENNEGUES

En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous Huissiers de Justice sur ce requis, de mettre ladite décision à exécution.

Aux Procureurs généraux et aux Procureurs de la République près les Tribunaux de Grande Instance d'y tenir la main.

A tous Commandants et Officiers de la force publique, de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis.

En foi de quoi la présente décision a été signée par le Président et le Greffier.



**LA PROPOSITION DE DIRECTIVE DE LA COMMISSION SUR  
« LES DROITS DES CONSOMMATEURS »  
ET LES CLAUSES ABUSIVES**

*Jorge PEGADO LIZ*  
*Président de l'Observatoire du Marché Unique Européen Bruxelles*

**PLAN**

1. BRÈVES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA PROPOSITION DE DIRECTIVE « DROITS DES CONSOMMATEURS »
  - 1.1. ANTÉCEDENTS ET ORIGINES
  - 1.2. LA MOTIVATION DE LA COMMISSION
  - 1.3. QUELQUES PROPOS CRITIQUES
  - 1.4. L'HARMONISATION TOTALE
  
2. LE RÉGIME DES CLAUSES ABUSIVES DANS LA PROPOSITION ; COMPARAISON AVEC LE RÉGIME DE LA DIRECTIVE 93/13/CEE
  - 2.1. GÉNÉRALITÉS
  - 2.2. CE QUI CHANGE POUR LE PIRE
  - 2.3. CE QUI NE CHANGE PAS ET AURAIT DÛ CHANGER
  - 2.4. CE QUI A ÉTÉ OUBLIÉ ET N'AURAIT PAS DÛ L'ÊTRE
  
3. LES PRINCIPALES CONSÉQUENCES DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS LES DROITS NATIONAUX : LE CAS DE LA FRANCE
  - 3.1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX
  - 3.2. LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS
  - 3.3. LES LISTES DES CLAUSES ABUSIVES
  
4. CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

# 1. BRÈVES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA PROPOSITION DE DIRECTIVE « DROITS DES CONSOMMATEURS »

## 1.1. ANTÉCÉDENTS ET ORIGINES

- 1.1.1. La proposition de directive de la Commission représente la confluence de deux initiatives parallèles, l'une à caractère plutôt académique et l'autre de nature de politique législative au niveau communautaire.
- 1.1.2. La première a ses origines anciennes dans l'idée de l'uniformisation du droit civil au niveau européen avec, à la limite, l'adoption d'un Code Civil Européen ou, au moins l'harmonisation du droit des obligations en général et des contrats en particulier.
- 1.1.3. L'autre est plutôt liée à l'intention du Parlement Européen et de la Commission Européenne de codifier le droit de la consommation au niveau communautaire ou à la révision de l'acquis communautaire en matière de défense du consommateur, dans le cadre de la « simplification législative » ou du « mieux légiférer ».
- 1.1.4. Ce n'est vraiment que presque par hasard que ces deux initiatives se sont rencontrées à un moment donné quand, suite à la publication de la Communication de la Commission sur « le droit européen des contrats » (COM (2001) 398 final), très mal reçue dans les milieux académiques, la Commission, après une deuxième Communication sur « Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action » (COM (2003)68 final), et ayant recueilli de nombreuses contributions, a finalement choisi quel était « le chemin à suivre » dans une nouvelle Communication (COM (2004) 651 final) et a pris la décision de commander toute une série d'études et de rapports dans le cadre du 6<sup>ème</sup> Programme Cadre.
- 1.1.5. C'est au « Réseau commun pour le droit européen des contrats » qu'a été confiée la tâche d'élaborer un Projet de cadre commun de référence (Draft Common Frame of Reference - DCFR) en matière de droit des contrats. Les membres de ce Groupe sont d'éminents académiciens parmi lesquels le Groupe de l'Acquis Communautaire, l'Association Henri Capitant, la Société de Législation Comparée, le Conseil Supérieur du Notariat, le «Economic Impact Group (TILEC)», le «Data Base Group», l'Académie de Droit Européen (ERA) et le Groupe des spécialistes en droit des assurances (le «Restatement Group»).
- 1.1.6. Dès le début, en particulier le Parlement Européen mais aussi d'autres experts, chercheurs et représentants des principales parties intéressés ont exprimés des doutes sur l'objet même de ces études, sur leur opportunité et leur utilité.
- 1.1.7. Parallèlement, dans le cadre plus restreint de la protection des consommateurs, l'idée d'une « directive-cadre » pour une régulation « maximale » harmonisée des pratiques commerciales déloyales avait commencé à faire son chemin, d'abord avec le Livre Vert sur la protection des consommateurs (COM (2001) 531 final), puis avec une Communication de la Commission de 2002 qui fait suite au Livre vert (COM (2002) 289 final) et finalement avec le document sur la Stratégie pour la Politique des consommateurs 2002-2006 (COM (2002) 208 final) pour aboutir à la proposition de directive de la Commission sur les pratiques commerciales déloyales (COM (2003) 356 final) qui est à l'origine de la Directive 2005/29/CE.
- 1.1.8. Or, c'est précisément au cours de l'élaboration de cette directive que l'idée d'une directive semblable, pour l'ensemble des « droits des consommateurs », et utilisant la même technique de l'harmonisation totale, a gagné du terrain, pour être finalement intégrée dans le Livre Vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de défense des consommateurs (COM (2006) 744 final), ayant comme but le rassemblement de huit des principales directives

« consommateurs » et en incluant la définition de notions essentielles telles que la bonne foi ou la loyauté et le contenu des principaux droits, tels que l'information et la rétractation. Cette initiative a été formellement énoncée dans le document de Stratégie de la Commission 2007-2013 – c'est désormais la seule initiative prévue par la Commission pour cette période dans le domaine de « la meilleure régulation de la protection des consommateurs ».

1.1.9. Cette initiative repose essentiellement soit sur des études spécifiques de droit comparé commandés au professeur Schulte-Nolke en collaboration avec les doctorants Twigg-Flesner et Martin Ebers<sup>1</sup>, soit sur l'étude préalable d'impact préparée par 3 entreprises de consultants<sup>2</sup>, et a été examinée à l'occasion de plusieurs séminaires et conférences, notamment celle qui a été promue par la Commission à Bruxelles le 14 novembre 2007.

1.1.10. Bien que les réactions à l'annonce de cette initiative n'aient pas été très favorables, tant de la part des représentants des consommateurs, de certains milieux académiques, que du CESE, dont l'avis sur le Livre Vert s'est montré très critique<sup>3</sup>, la Commission a persisté et a présenté sa proposition de directive le 8 octobre 2008<sup>4</sup>.

## 1.2. LA MOTIVATION DE LA COMMISSION

1.2.1. Pour la Commission, des raisons d'ordre pratique motivent essentiellement cette initiative et, notamment, comme évoqué lors d'une conférence à Paris le 3 septembre 2008 par un haut responsable de la DG SANCO (santé/consommation) :

- a) la fragmentation du droit européen de la consommation due aux clauses d'harmonisation minimale ;
- b) le fait que les commerçants ne pouvaient pas effectuer leurs transactions sur la base d'une seule et même liste de clauses contractuelles dans toute l'Europe ;
- c) ce qui rendrait plus difficile ou empêcherait même l'accès des consommateurs au marché intérieur ;
- d) et finalement la constatation que le droit européen de la consommation ne serait plus en phase avec l'évolution technologique et surtout l'«e-commerce».

1.2.2. C'est en se basant sur ces prémisses, non démontrées, que la Commission définit les objectifs de sa proposition, à savoir :

- a) ouvrir le marché intérieur aux commerçants et aux consommateurs, en éliminant les « barrières réglementaires », et
- b) améliorer et mettre à jour, actualiser le cadre réglementaire du droit européen de la consommation.

1.2.3. A cet effet, la Commission se propose donc de :

- a) reformuler, dans un seul instrument légal (directive), 4 directives<sup>5</sup> qui seront abrogées ;

---

<sup>1</sup> EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis (Contrat 17.020100/04/389299)

<sup>2</sup> GHK, CIVIC CONSULTING et BUREAU VAN DIJK “Preparatory Work for the Impact assesment on the Review of the Consumer Acquis” (06/11/2007) disponible sur le site web de la Commission.

<sup>3</sup> Avis CESE 668/2007, Rap. R.ADAMS

<sup>4</sup> COM(2008)614 final

<sup>5</sup> En effet, des 8 directives mentionnées dans le Livre Vert, la Commission a décidé de ne traiter conjointement que 4 - Contrats hors des établissements (85/577/CEE de 20.12.85) ; clauses abusives (93/13/CEE de 05.04.93) ; ventes à distance de biens (97/7/CE de 20.05.97) et certains aspects de la vente de biens et des garanties (1999/44/CE de 25.05.99).

- b) remplacer le principe de l'harmonisation minimale par l'harmonisation «complète» (art. 4) ;
- c) énoncer une série de définitions de notions essentielles communes prétendument « claires » ;
- d) définir le contenu des principales obligations d'information en général (art. 5 et 6) et de quelques obligations d'information spécifiques (art. 7 et art. 9 à 11) et de son défaut ;
- e) réguler le « droit de rétractation » (art. 12 à 20) ;
- f) un chapitre IV sur les droits spécifiques des consommateurs dans les contrats de vente, pour remplacer la Directive 1999/44/CE ;
- g) un chapitre V pour remplacer la Directive 93/13/CE relative aux clauses abusives.

### 1.3. ÉNONCÉ DE QUELQUES PROPOS CRITIQUES

1.3.1. Il est important, tout d'abord, de souligner les principes fondamentaux de l'orientation politique qui sont à la base de cette proposition et de manifester clairement notre désaccord.

1.3.2. On peut les résumer de la façon suivante :

- a) La Commission érige la réalisation du marché unique et la liberté de la concurrence en valeurs absolues, auxquelles les intérêts des consommateurs doivent se plier ;
- b) La Commission semble considérer que les obstacles principaux à la réalisation du marché intérieur, en particulier dans le cas des achats transfrontaliers, sont, du côté de l'offre, les coûts et les réticences des professionnels et, du côté de la demande, le manque de confiance des consommateurs. Elle estime que la fragmentation et la différenciation des droits résultant d'une harmonisation minimale sont à l'origine des problèmes diagnostiqués ;
- c) Avec une vision minimaliste de la défense des consommateurs, contraire à l'article 153 du Traité, la Commission ne considère que leurs intérêts économiques en tant que simples « acheteurs » ou agents économiques et non pas en tant que citoyens à part entière ;
- d) Pour ce faire, la Commission prend comme point de départ la notion, erronée et indémontrable, qu'elle emprunte de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, d'un « consommateur moyen », agent économique « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé », selon laquelle seulement des raisons purement économiques sont déterminantes, dans un marché libre et avec un système de concurrence parfaite ;
- e) Dans ce monde idyllique, la protection du consommateur peut se résumer à une « information convenable », ce qui traduit son « pouvoir » (« empowerment ») dans le cadre de la politique de la consommation ;
- f) Ainsi, par une curieuse inversion de valeurs, voilà que toute la spécificité du droit de la consommation qui était l'apanage de la première génération des initiatives communautaires, avec l'objectif de protéger une partie reconnue comme « faible » et de rétablir l'égalité et l'équilibre contractuel, est désormais remplacée par une ébauche maladroite de droit uniforme des contrats de consommation, premier pas vers un Code Civil Européen et étape ultime d'une harmonisation législative totale où toutes les différences culturelles millénaires seraient effacées.

- 1.3.3. Ce n'est nullement notre vision de la politique des consommateurs ni notre approche du développement futur du droit de la consommation en Europe. Il faut répéter encore et toujours que le but d'une politique des consommateurs n'est pas la réalisation du marché unique. Au contraire, ce sont le marché intérieur et la concurrence, qui doivent être les instruments au service du développement et de l'approfondissement de la protection des intérêts et des droits des consommateurs en tant que citoyens et pas seulement en tant qu'« acheteurs ».
- 1.3.4. Mais il faut aussi dire qu'il n'est pas acceptable de construire toute une politique des consommateurs et un droit de protection des consommateurs sur la base d'une fiction juridique telle que celle du « consommateur moyen », raisonnablement averti et attentif, qui se décide dans le marché pour des raisons et motifs purement économiques. C'est exactement le contraire qui résulte des études sur le comportement réel des consommateurs en fonction d'une publicité et d'un marketing toujours plus agressifs.
- 1.3.5. Finalement, ce sont même les études d'opinion, que la Commission a commandé, qui démentent formellement sa thèse selon laquelle l'harmonisation minimale est responsable de la performance réduite du commerce transfrontalier ou de l'e-commerce ; d'autres causes, bien connues, sont en effet à l'origine des piètres résultats et de l'échec des espoirs formulés dans ces domaines.
- 1.3.6. Mais ce qui est totalement inacceptable dans la proposition de la Commission c'est la diminution consciente du niveau de protection général des consommateurs en vertu de l'adoption de la méthode de l'harmonisation totale ; c'est aussi l'augmentation de l'incertitude et de l'insécurité juridique pour les consommateurs quand un ensemble de matières importantes manquent de cohérence interne et restent mal définies ou sont laissées à la décision discrétionnaire de la réglementation nationale des états-membres, créant ainsi 27 régimes différents pour les consommateurs de chaque état-membre ; c'est enfin l'idée sous-jacente que « mieux légiférer » c'est nécessairement « moins légiférer » surtout en période de crise économique, financière et social, révélatrice des incapacités du marché à garantir, à lui seul, la stabilité de l'économie et le progrès social.
- 1.3.7. On doit, bien sûr, ajouter que ce n'est pas seulement au vu des attentes engendrées par les nombreux débats, travaux et études sur le droit européen des contrats menés depuis voici plus de vingt ans - bien avant ou en même temps que la publication du Livre Vert, ou encore dans le contexte du projet parallèle du Cadre commun de référence (CCR) - que la proposition présentée par la Commission se situe en deçà de ce qui était espéré et souhaitable. Ce n'est pas seulement, non plus, le fait que la Commission a au début identifié 22 directives dans le but de réviser l'acquis communautaire, tandis que la proposition de révision et d'intégration présentée par la Commission se limite à quatre d'entre elles.

Il faut en effet rappeler que les travaux menés dans le cadre du CCR visaient à éliminer les incohérences et à consolider les règles de ce que l'on appelle «le droit européen des contrats» pour en faire un instrument optionnel, un outil à l'usage des professionnels, des consommateurs, de ceux qui appliquent le droit et des législateurs.

C'est à cette lumière que le contenu concret proposé actuellement ne se révèle guère novateur, ni structuré, et ne tient pas compte des préoccupations de consolidation, de clarification et de perfectionnement exigées par le niveau élevé de protection des consommateurs auquel l'Union est tenue. En outre, dès lors qu'elle laisse à la législation des États membres des aspects essentiels du régime juridique des directives modifiées et que l'instrument de la directive a été préféré à celui du règlement, la proposition n'est même pas cohérente avec son objectif déclaré, à savoir une harmonisation complète, qu'elle n'atteint pas de manière adéquate, suscitant plutôt de nouvelles incertitudes et différences de régime dans les États membres.

**Pour ne pas dire, carrément, que le titre même donné à la proposition de « Directive sur les droits des consommateurs », s'il n'est pas mensonger, est au moins prétentieux et manifestement exagéré face à son contenu réel.**

1.3.8. Du point de vue de la technique juridique le texte s'avère complexe, alourdi par un usage excessif de renvois (cf. par exemple article 3 paragraphes 2 et 4, article 6, article 9, lettre a, article 10, article 21, paragraphes 1 et 3, article 28, article 32, paragraphe 2, article 35) qui rendent sa compréhension et sa lecture difficiles. Des expressions vagues et indéterminées sont fréquemment utilisées, ce qui engendrera des difficultés lors de la transposition. En outre, la classification n'est pas toujours compréhensible (voir par exemple l'article 45 relatif à la vente forcée, chapitre VI – Dispositions générales).

Si les ambiguïtés dont il est fait état demeurent dans la directive, il est nécessaire d'inclure dans celle-ci et dans les actes législatifs nationaux une disposition prévoyant qu'en cas de litige dû à une ambiguïté du texte, celui-ci est interprété au profit du consommateur, qui est en position de faiblesse.

En outre, il n'aborde pas la question des règles de procédure et de sanction, qui, conséquence logique d'une harmonisation maximale, continuent à être renvoyées aux États membres (cf. considérant 58 et article 42). Cet aspect est susceptible d'engendrer des incohérences significatives dans l'harmonisation.

#### 1.4. L' HARMONISATION TOTALE

1.4.1. Comme on l'a dit précédemment, le principe fondamental qui sert de ligne directrice à la proposition de directive, suite aux orientations issues du Livre Vert et concrétisées dans les directives « pratiques déloyales » « crédit à la consommation » et « time-share », c'est le principe de l'harmonisation complète ou totale. Cependant l'adoption systématique et généralisée de ce principe oublie les origines et la nature même de la politique des consommateurs consacrée par le Traité.

1.4.2. En effet, il faut se rappeler que le traité de Rome, à son origine, ne faisait pas de la protection du consommateur un objectif politique à part entière. En réalité, même si certaines mesures avaient été prises, le cadre de cette politique communautaire fut une résolution du Conseil, à savoir le Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, qui date seulement du 14 avril 1975. L'adoption d'une politique communautaire de protection du consommateur est donc le résultat d'interventions multiples et systématiques de la part d'organisations de consommateurs imposant à leurs propres États membres d'adopter ce type de politique de protection que l'UE a fini par reconnaître également.

1.4.3. C'est la raison pour laquelle, en matière de protection des consommateurs, la Communauté est tiraillée entre le devoir d'assurer un niveau de protection élevé pour les consommateurs et le respect de la compétence partagée et subsidiaire des États membres.

Les politiques de protection du consommateur ont été suivies par les États membres, garantissant des niveaux de protection plus élevés et le maintien des mesures, notamment dans une perspective d'intervention et d'apaisement social.

Dès lors, il n'est pas possible de voir exclusivement la politique des consommateurs sous l'angle du marché intérieur, alors que sa réalisation est un objectif que l'UE doit poursuivre et approfondir, de façon à ce que tous, entreprises, travailleurs et consommateurs en bénéficient à part égale.

1.4.4. Pour cette raison, toute proposition qui vise une harmonisation maximale en matière de protection des consommateurs doit se concentrer sur des aspects très concrets et s'accompagner de précautions particulières, de manière à respecter le niveau de protection élevé des consommateurs garanti par le traité, ainsi que le principe de subsidiarité, sous peine de retarder et d'entraver le développement des droits des consommateurs dans chaque État membre.

Or, ce qui n'est pas acceptable, dans la présente proposition, c'est l'application généralisée d'une harmonisation totale à l'ensemble du droit des contrats de consommation. Elle est manifestement excessive et non proportionnelle aux finalités de la dite proposition et représente une réduction inadmissible des droits acquis des consommateurs et un obstacle à de futurs développements du droit de la consommation dans les États-membres.

1.4.5. Mais si des doutes existaient à propos des effets de l'adoption du principe de l'harmonisation totale dans le cadre du droit de la consommation, il suffirait d'analyser les récents arrêts de la Cour de Justice sur les conséquences de son utilisation dans la directive relative aux pratiques commerciales déloyales pour les enlever. Ceci démontre bien à quel point elle peut être désastreuse pour l'ensemble de la politique de protection des consommateurs, si elle est appliquée comme le propose la présente initiative de la Commission. En effet, à propos de la Directive 2005/29, la Cour de Justice a eu l'opportunité de clarifier le sens et la portée de l'harmonisation totale que cette directive a érigé en principe fondamental<sup>6</sup>.

1.4.6. Il s'agissait de savoir, dans les cas soumis à titre de question préjudicielle, si une disposition légale de certains États-membres qui interdisait une offre conjointe de produits (ventes liées) pouvait être contraire aux obligations de diligence professionnelle ou aux pratiques loyales du commerce à la lumière des articles 1<sup>er</sup>, 3<sup>ème</sup> n°s 1 et 5, 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> et dans la liste de l'annexe I de la Directive.

1.4.7. Les conclusions de l'Avocat Général Verica TRSTENJAC et l'arrêt de la Cour indiquent que l'interprétation correcte de la Directive oblige les États-membres à ne pas maintenir ni adopter des mesures nationales plus strictes, même si ces mesures visent à obtenir un niveau de protection des consommateurs plus élevé.

La leçon importante que l'on doit tirer de cet arrêt qui définit une interprétation authentique du sens et de la portée de l'harmonisation complète, est que toutes les dispositions légales de protection des consommateurs dès lors qu'elles induisent une protection plus élevée que celle d'une directive d'harmonisation totale, comme celle proposée par la Commission pour les « droits des consommateurs », doivent être considérées périmées par la publication de cette

---

<sup>6</sup> Arrêts C-261/07 et C-229/07 cas VTB-VAB NV contre Total Belgium NV et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV, du 23 avril 2009 (JO C 141 du 20.06.2009)

directive et, en conséquence ne sont plus applicables par les tribunaux nationaux et sont tenues comme tacitement abrogées, au cas où le législateur ne l'aurait pas fait explicitement.<sup>7</sup>

Cela signifie donc que, dans les Etats-membres offrant un niveau supérieur de protection, selon le système dominant de l'harmonisation minimal, tous les droits acquis des consommateurs devront être rabaissés au niveau inférieur et unique de protection de la proposition.

1.4.8. Au cours de ces derniers mois et surtout pendant la Présidence française de l'UE, beaucoup a été dit et écrit sur la nouvelle proposition de directive « Droit des consommateurs », tant au niveau politique qu'académique. Plusieurs réunions, à Bruxelles, à Paris et ailleurs, auxquelles j'ai participé, ont débattu de cette question.<sup>8</sup>

1.4.9. J'aimerais rappeler ici deux positions que je considère paradigmatiques ; d'une part, celle d'un professeur de droit, Gilles PAISANT<sup>9</sup> et, d'autre part, deux Avis rédigés par Bob SCHMITZ de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs, sur la Proposition de Directive<sup>10</sup>.

Très différentes dans leurs origines, l'on est frappé par la coïncidence des point de vue, notamment sur la nature et les effets de cette approche, qui se traduirait par « un recul de la protection jusqu'alors reconnue aux consommateurs », jusqu'à pouvoir être considérée comme ayant été « conçue dans l'intérêt des professionnels pour faciliter leurs pratiques commerciales ».

## **2. LE RÉGIME DES CLAUSES ABUSIVES DANS LA PROPOSITION ; COMPARAISON AVEC LE RÉGIME DE LA DIRECTIVE 93/13/CEE**

### **2.1. GÉNÉRALITÉS**

2.1.1. Cette question, régie actuellement par la directive 1993/13/CEE, est concentrée dans le chapitre V et les annexes II et III de la proposition à l'examen. Mais il faut bien faire attention au fait que des dispositions à caractère général sont aussi d'application telles que l'article 1<sup>er</sup> (objet), l'article 2<sup>ème</sup> (définitions), l'article 3<sup>ème</sup> n° 3, l'article 4<sup>ème</sup> (harmonisation complète) et les articles 41 à 44 des dispositions générales.

Il s'agit, comme on le sait, de dispositions essentielles du droit des contrats qui, avant l'adoption de la directive 93/13/CEE, étaient déjà en partie réglementées par les États membres. D'un autre côté, l'analyse comparative de sa transposition montre que la grande

---

<sup>7</sup> Il faut aussi remarquer que cet arrêt change complètement le sens de la jurisprudence de la Cour, par exemple dans l'affaire C-441/04, A-Punkt Schmuckhandls GmbH, où elle disait « *Sans qu'il soit nécessaire d'analyser de manière approfondie le degré d'harmonisation réalisé par ladite directive (85/577/CE), il est constant que les États membres ont le pouvoir d'adopter ou de maintenir des dispositions visant à garantir une protection des consommateurs plus étendue que celle prévue par ladite directive* » (point 11). Ce serait aussi le cas de l'arrêt du 16 décembre 2008 dans l'affaire C-205/07 Lodewijk Gysbrechts contre Santurel Inter BVBA où il avait été décidé que certaines protections additionnelles des consommateurs étaient proportionnées et de nature à renforcer la confiance dans le marché intérieur.

<sup>8</sup> Par exemple, la conférence sur « La proposition de directive relative aux droits des consommateurs » (Journée européenne de la consommation, 5 et 6.12.08), la conférence « Quel droit européen des contrats pour l'Union Européenne ? » (Sorbonne, 23 et 24.10.08), l'audition publique au PE le 2 mars 2009 (Comité IMCO), la conférence au CESE le Xème anniversaire de la Journée européenne du consommateur, (Bruxelles, 13.03.09), le colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30<sup>ème</sup> anniversaire » (Cour de Cassation, 20.03.09)

<sup>9</sup> Dans un article publié dans « La Semaine Juridique » du 25 février 2009, pages.11 à 16, sous le titre « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? »

<sup>10</sup> Avis portant sur les objectifs et limites de l'harmonisation totale du 3 décembre 2008 et Avis préliminaire portant sur les règles proposées de janvier 2009.

majorité des États membres ont fait usage de la clause d'harmonisation minimale (article 8) et disposent donc à l'heure actuelle de régimes plus favorables aux consommateurs que ceux instaurés par la directive. Au vu de l'état d'avancement actuel dans ce domaine, c'est précisément une matière à laquelle il serait déconseillé d'appliquer une harmonisation complète. Si l'on n'y tenait absolument, on devrait non seulement rejoindre les niveaux les plus élevés de transposition, mais aussi clarifier les différents points qui ont été considérés ambigus par la doctrine et la jurisprudence.

### **Ce n'est malheureusement pas ce qui s'est passé**

## **2.2. CE QUI CHANGE POUR LE PIRE**

- 2.2.1. La proposition est accompagnée d'une annexe V avec une table de correspondance des dispositions des directives en vigueur et de celles du texte de la proposition. Il est donc facile de vérifier la teneur des modifications introduites.
- 2.2.2. D'une façon générale, la simple adoption du critère de l'harmonisation complète, fixant à un bas niveau la protection des consommateurs et sans admettre le maintien, dans le droit des états-membres, de niveaux de protection plus élevés, implique l'obligation, pour ces Etats, de baisser le niveau de la protection au seuil consacré dans la proposition.  
On craint même que l'harmonisation totale privera les juridictions nationales des marges d'interprétation laissées par l'harmonisation minimale, comme établi par la Cour, notamment dans l'affaire C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten* (arrêt du 1 avril 2004)<sup>11</sup>.
- 2.2.3. Mais certaines modifications spécifiques introduites dans la proposition conduisent à une réelle diminution du niveau de protection des consommateurs. En voici quelques exemples :
  - a) c'est, d'abord, le cas de la définition de l'objet de la directive (article 1<sup>er</sup>) lequel, appuyé par la base juridique utilisée, l'article 95 du Traité, énonce, comme premier but, « le bon fonctionnement du marché intérieur » et seulement en second lieu et accessoirement « un niveau élevé de protection des consommateurs », mais sans jamais faire appel à l'article 153 du Traité ;
  - b) la liste des définitions (article 2<sup>ème</sup>) n'inclue pas la notion de clause abusive, laquelle n'apparaît qu'à l'article 32, en tant qu'obligation de résultat pour les Etats membres ; il n'est donc pas clairement précisé si la définition elle-même est concernée par l'harmonisation totale ou si celle-ci est assurée dès que les clauses comme celles objet de l'article 32 sont considérées comme abusives, sans préjudice de définitions plus élargies prévues dans les droits nationaux ;
  - c) la notion de consommateur (article 2 (1)), ne dit rien sur une extension éventuelle du concept lorsque la personne physique agit à des fins mixtes, éventualité reconnue dans de nombreux États membres, ou dans le cas de certaines personnes morales. C'est le cas du juge français qui a fait parfois une application extensive de la notion de « consommateur » pour y assimiler la notion de « non-professionnel »<sup>12</sup> laquelle est désormais explicitement prévue dans le texte du nouvel article R 132-1 du Code de la Consommation.

---

<sup>11</sup> Dans cette affaire la Cour a jugé qu la clause générale de l'article 3 de la Directive 93/13/CE « ne définit que de manière abstraite les éléments qui donnent un caractère abusif à une clause contractuelle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Il convient de relever que dans ce contexte, doivent être également appréciées les conséquences que la dite clause peut avoir dans le cadre du droit applicable au contrat ce qui implique un examen du système juridique national » et que « la Cour peut interpréter les critères généraux utilisés par le législateur communautaire pour définir la notion de clause abusive. »

<sup>12</sup> La Cour de Cassation a en effet jugé dans un arrêt du 15 mars 2005 que « la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ».

Mais cette définition stricte du consommateur, combinée à la règle prévue à l'article 4 – qui interdit les dispositions plus strictes visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs – empêche aussi la protection des consommateurs vulnérables, une catégorie que les contrats couverts par la proposition peuvent affecter ; il faut signaler que la directive 2005/29/CE elle-même reconnaît (article 5, paragraphe 3) l'existence de consommateurs vulnérables, qu'il serait donc fondamental d'exempter ici aussi.

- d) en ce qui concerne le champ d'application, il faut noter l'introduction d'une restriction au détriment des consommateurs ; en effet, alors que la présente proposition couvre exclusivement les clauses figurant dans les contrats écrits ("*rédigées par avance*", selon les termes de l'article 30, paragraphe 1), imposant aux États membres de s'abstenir "*d'imposer de quelconques exigences formelles concernant le libellé des clauses contractuelles ou la façon dont ces dernières sont mises à la disposition du consommateur*", la directive actuelle s'applique également aux contrats verbaux (article 5 de la directive 93/13/CEE), comme c'est également le cas dans la plupart des États membres ;
- e) aussi la « nouveauté » de l'article 31 n° 4 selon lequel les États-membres doivent s'abstenir d'imposer « de quelconques exigences formelles concernant le libellé des clauses contractuelles ou la façon dont ces dernières sont mises à la disposition du consommateur » représente une importante limitation à la protection des consommateurs ; en effet, la législation et la jurisprudence de plusieurs États-membres avaient développé toute une doctrine qui ne sera plus admise à propos de la façon dont les clauses contractuelles devraient être mises à la disposition des consommateurs.  
Compte tenu du rôle fondamental que la lisibilité et l'apparence des conditions contractuelles joue pour l'information efficace des consommateurs, cette interdiction entraîne la suppression, avec effet rétroactif, de toutes les dispositions légales et réglementaires des États membres en ce qui concerne la forme et les formalités de la présentation des clauses contractuelles ;
- f) finalement, l'obligation d'information du consommateur par le professionnel prévue dans l'article 5<sup>ème</sup> ne laisse pas entrevoir la possibilité d'y ajouter les devoirs de renseignement et de conseil, tels que prévu dans le droit français, particulièrement importants dans certains domaines comme les services financiers et le conseil juridique. Ces devoirs, impliquant une recommandation, une orientation du choix, une préconisation de la solution la plus adaptée aux besoins du consommateur, ne pourront plus être admis, avec la transposition de la proposition de directive dans le droit interne, ce qui ne pourra qu'entraîner un recul de la protection des consommateurs. Plus limitatif encore, l'ajout de la notion « *d'information ressortissant du contexte* », dans l'article 5<sup>ème</sup> n° 1, est une restriction à l'obligation d'information que le droit français n'impose pas (Article L 111-1 du Code de la Consommation) ; celle-ci, outre l'affaiblissement de l'obligation du professionnel, est une notion subjective juridiquement difficile à appréhender.

2.2.4. En ce qui concerne en particulier les listes des clauses abusives, cinq considérations à caractère général s'imposent :

- a) En ce qui concerne la nature des listes (articles 34 et 35), il n'y a aucun doute qu'il s'agit maintenant de listes contraignantes dans leurs termes et exhaustives ; c'est-à-dire, seules les clauses constantes de l'annexe II peuvent être considérées abusives en toutes circonstances (liste noire); de même, la liste de clauses de l'annexe III estimées être abusives, sauf si le commerçant aura démontré qu'elles ne le sont pas, selon les critères de l'article 32, est, elle aussi, exhaustive.

- b) Cela signifie donc que les Etats membres sont obligés de transposer les dites listes dans leurs termes précis, ne pouvant ni modifier leur rédaction, ni ajouter d'autres types de clauses ; cela signifie aussi que même les clauses typiques constantes de listes noires dans les lois des différents pays ne pourront pas être jugées abusives.
- c) Et cela signifie aussi que les Etats membres qui auraient prévu des listes grises de clauses typiques qui pourraient être considérées abusives, « selon le cadre contractuel négocié », seront obligés de les limiter au constant de l'annexe III.
- d) Il faut ajouter qu'on ne trouve pas de fondement relatif à l'inclusion de certains types de clauses dans les deux listes, et que, par contre, la liste noire, notamment, est bien plus stricte que les listes de même nature qu'on peut trouver dans plusieurs Etats-membres.
- e) Finalement, la procédure trouvée pour qu'à l'avenir, les listes constantes des annexes soient revues et éventuellement modifiées (article 39), sur la base de notifications des clauses que les Etats membres « *estiment pertinentes aux fins de la modification* » des annexes, au-delà de sa rigidité, n'offre pas des garanties d'une évaluation objective et crédible.

2.2.5. Il arrive aussi que, dans leur ensemble, les listes noire et grise soient plus limitées dans le degré de protection que la liste purement indicative de l'actuelle Directive. Il suffit de faire une lecture comparée des listes pour vérifier que seulement 9 des clauses des listes de la proposition maintiennent une rédaction équivalente à celle de la Directive. En effet ce ne sont que les alinéas a), b) seconde partie, et c) de l'Annexe II de la proposition qui sont semblables aux alinéas a), c) et m) de la Directive ; et seulement les alinéas a), b), d), f), h), et i) de l'Annexe III de la proposition ressemblent aux alinéas b), d) f) première partie, h), o) et p) de la Directive.

2.2.6. A la lecture de plusieurs alinéas il est facile de vérifier que, d'une façon générale, la rédaction de la proposition est moins protectrice que celle de la Directive act

Ainsi :

- a) l'alinéa e) de la Directive dit :

*« e) d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé; »*

or l'alinéa c) de l'Annexe III, qui le remplace, dispose :

*« c) d'exiger du consommateur qui n'exécute pas une obligation une indemnité d'un montant nettement supérieur au préjudice subi par le professionnel; »*

Ce qui signifie que, d'une considération objective de la disproportion, on exige désormais pour que la clause soit abusive non seulement que son montant soit exagéré, mais qu'il soit nettement supérieur au préjudice du commerçant, quand il devrait suffire que ce montant soit simplement supérieur au préjudice.

- b) l'alinéa n) de la Directive dit :

*« n) de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière; »*

or l'alinéa b) de l'annexe II de la proposition qui le remplace dispose :

*« b) de limiter l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de subordonner ses engagements au respect d'une condition particulière dépendant exclusivement du professionnel; »*

Ceci représente une limitation de la portée de la clause à une condition exclusivement dépendante du commerçant et non d'aucune autre formalité spécifique.

c) l'alinéa q) de la Directive dit :

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

Tandis que l'alinéa d) de l'Annexe II de la proposition se lit comme suit :

*« de limiter les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou d'imposer à ce dernier la charge de la preuve qui, conformément au droit applicable, incombe au professionnel; »*

Ceci limite les droits des consommateurs, dans la mesure où le « professionnel » n'est pas nécessairement la seule « partie au contrat ».

2.2.7. Mais il est aussi important de noter que certains types de clauses considérées, à juste titre, comme abusives dans la liste de la Directive actuelle, ne figurent plus dans aucune liste de la proposition.

C'est bien le cas des alinéas suivants :

a) La 2<sup>ème</sup> partie de l'alinéa f) de la Directive

*« f) ... de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat; »*

b) L'alinéa i) de la Directive

*« i) 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; »*

c) La 1<sup>ère</sup> partie de l'alinéa l) de la Directive

*« l) de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ... »*

2.2.8. Il faut tout fois signaler trois exceptions dans la diminution générale du niveau de protection des consommateurs. C'est le cas des alinéas e), g) et k) de l'Annexe III de la Proposition, qui remplacent avec avantage, respectivement, les alinéas g), 2<sup>ème</sup> partie de l'alinéa l) et les alinéas j) et k) de la Directive, et qui disent :

*« e) de permettre au professionnel de résilier un contrat à durée indéterminée sans préavis raisonnable sauf en cas de manquement grave au contrat de la part du consommateur; » ;*

*« g) d'autoriser le professionnel à augmenter le prix convenu avec le consommateur lorsque le contrat a été conclu sans que le consommateur n'ait le droit de résilier le contrat; » ;*

*« k) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les clauses du contrat, y compris les caractéristiques du produit ou du service; »*

2.2.9. Mais il faut aussi reconnaître que deux nouveaux alinéas, ajoutés à la liste grise de l'Annexe III, ne figurent pas dans la Directive. C'est le cas des alinéas j) et l) qui prévoient :

*« j) de limiter le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel;*

*l) de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat communiquées au consommateur sur un support durable par des clauses contractuelles disponibles en ligne auxquelles le consommateur n'a pas donné son assentiment. »*

2.2.10. Il reste à aborder la question des critères d'inclusion et de définition de la nature des clauses abusives dans les deux listes, question qu'on doit examiner selon deux aspects fondamentaux : d'une part savoir si des clauses figurant dans la liste grise ne devraient pas faire partie de la liste noire ; et d'autre part, si d'autres clauses typiquement abusives ne devraient pas figurer dans les deux listes.

Quant à la première question, notre opinion, axée sur la leçon du droit commun de plusieurs Etats membres va dans le sens de considérer qu'au moins les clauses énoncées dans les alinéas a),b),d) et h) de l'Annexe III, devraient plutôt figurer dans la liste noire de l'Annexe II . En effet elles se réfèrent à des violations claires de principes impératifs du droit des contrats tels que « l'exceptio non adimpleti contractus », le « droit de rétention » ou le « droit de compensation ».

2.2.11. Quant à la deuxième question, la législation des différents Etats-membres et sa jurisprudence, aussi bien que la doctrine des auteurs, seront en mesure de donner de bons exemples nationaux de clauses typiques qui mériteraient de figurer dans les annexes.

Si je prends comme paradigme la liste de clauses publiée en annexe à l'article L 132-1 du Code de la Consommation français, dans sa dernière version modifiée par le Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, je dirais que des clauses, comme celles prévues dans les n°s 1,3,5,7,8,9,10 et 11 du nouveau article R 132-1, auraient bien leur place comme des clauses présumées abusives de manière irréfutable dans l'Annexe II (liste noire) de la Proposition .

De même, des clauses comme celles prévues dans le n° 7 du nouvel article R 132-2, trouveraient bien leur place dans la liste grise de l'Annexe III de la Proposition, en tant que clauses présumées abusives, sauf au professionnel à faire preuve en contraire.<sup>13</sup>

Et, bien évidemment, on pourrait encore discuter si des clauses prévues dans une des listes ne devraient pas figurer plutôt dans l'autre (par exemple les n°s 1, 9, et 10 de l'article R-132-2 sont prévues dans l'Annexe II de la Proposition, bien que leur rédaction ne soit pas exactement la même).

2.2.12. Des questions du même genre, bien que de contenu différent selon les lois propres de chaque des 27 pays membres, se trouveraient si on y faisait le même exercice. C'est vraiment là

---

<sup>13</sup> Pour bien comprendre le sens et le contenu de chaque alinéa du nouveau Décret 2009-302, il est très pratique de voir l'Avis sur le projet de décret de la Commission des Clauses Abusives en annexe à son Rapport d'activité pour l'année 2008 (BOCCRF du 05.03.09)

qu'on trouve les spécificités nationales, résultat de sensibilités particulières et qui justifient l'adoption de l'harmonisation minimale.

Par exemple, dans le cas de pays comme le Portugal, où le régime des clauses abusives n'est pas uniquement applicable aux relations entre professionnels et consommateurs mais s'applique aussi aux relations entre professionnels, on serait amené à la coexistence de deux régimes différents, et à l'absurde d'avoir un régime moins protecteur pour les consommateurs (conséquence de la transposition «qua tale» de la Proposition) que celui relatif aux professionnels (résultant de la loi actuelle et qui continuerait de s'appliquer dans les relations entre professionnels).

## 2.3. CE QUI NE CHANGE PAS ET AURAIT DÛ CHANGER

2.3.1. On se rappellera que, pendant toute l'année 1999, la Commission a entrepris un exercice de réflexion approfondie sur l'application de la Directive 93/13/CEE « cinq ans après », avec plusieurs réunions thématiques et des discussions élargies avec les principaux intéressés, les « stakeholders », les milieux universitaires et le public en général. Une grande conférence a ponctué cet exercice à Bruxelles les 1-3 Juin 1999. Les comptes-rendus de toutes ces réunions et des études de la situation dans chaque Etat membre à l'époque ont été publiés dans un rapport du 27 avril 2000<sup>14</sup>.

Les observations, recommandations et conclusions de ce rapport sont encore d'actualité et il est surprenant de constater que la Commission n'a pas pris en considération la plupart des suggestions que les uns et les autres avaient fait, à l'époque, à propos d'une éventuelle révision de la Directive<sup>15</sup>

2.3.2. C'est surtout à la lumière de ce Rapport et de l'expérience de toutes ces années d'application de la Directive dans différents Etats membres que l'on s'interroge : pourquoi certains aspects restent inexplicablement inchangés, alors que plusieurs opinions ont été émises dans le sens de leur modification, ce qui contribuerait à une amélioration du niveau de protection des consommateurs.

2.3.3. C'est notamment le cas :

- a) de l'article 30 de la Proposition, pratiquement identique à l'article 1<sup>er</sup> n°2 de la Directive, qui maintient l'exclusion de son champ d'application des dispositions légales ou réglementaires impératives, avec cependant une mention expresse de leur « conformité au droit communautaire » et aux dispositions ou principes des conventions internationales auxquelles la Communauté ou les Etats-membres ont adhéré ;
- b) inchangée reste aussi la relation équivoque entre le principe de la bonne foi et le critère de l'équilibre des prestations, constant de l'article 3<sup>ème</sup> n° 1 de la Directive actuelle et qui est maintenu à l'article 32° n°1 de la Proposition, malgré toutes les difficultés bien connues de sa transposition et interprétation dans plusieurs Etats membres et qui demanderait au moins une rédaction plus claire ;
- c) aucun progrès n'est constaté en ce qui concerne un système uniformisé, au niveau communautaire, de la déclaration, par des entités administratives, du caractère abusif de clauses contractuelles, semblable, à l'exemple de la Commission des Clauses Abusives française ;

---

<sup>14</sup> COM(2000)248 final du 27.04.2000

<sup>15</sup> Tous les comptes-rendus des séances de discussion peuvent toujours être consultés à <http://europa.eu.int/dgs/health-consumer/index-fr.htm> ou, en version papier sous le titre « The Unfair Terms Directive Five Years On ; Evaluation and perspectives » EC,2000.

- d) pas un mot non plus sur les effets « erga omnes » des décisions judiciaires qui déclarent abusives certaines clauses, même quand il s'agit de clauses de la liste noire, mettant un terme à la situation actuelle de recours successifs en justice pour apprécier des clauses semblables, prédisposées, maintes fois par les mêmes professionnels dans des contrats différents, et obligeant à un effort permanent de surveillance de la part des consommateurs ou de leurs associations, pour vérifier le respect de ces décisions par les professionnels et exigeant de nouveaux recours en justice en cas de non respect ;
- e) on dira de même en ce qui concerne les conséquences du non respect de l'obligation de transparence de l'article 31 de la Proposition, toujours identique à l'article 5<sup>ème</sup> (I) de la Directive, et qui reste sans aucune sanction ;
- f) aussi sans aucun progrès, l'indéfinition quant à la nature du vice des clauses réputées abusives, et aux sanctions applicables, l'article 37 de la Proposition se limitant à reproduire « qua tale » le n° 1 de l'article 6<sup>ème</sup> de la Directive selon lequel « les clauses contractuelles abusives ne lient pas le consommateur ». Ceci a des effets juridiques très divers selon la façon dont la Directive est transposée, compte tenu des différences très sensibles dans la définition des vices qui résultent du caractère abusif des clauses et du fait que l'article 42 de la Proposition charge toujours les Etats membres de déterminer le régime des sanctions applicables par le biais des « dispositions nationales » d'application

## 2.4. CE QUI A ÉTÉ OUBLIÉ ET N'AURAIT PAS DÛ L'ÊTRE

2.4.1. Finalement il est tout au moins surprenant que certains aspects, qui ont été reconnus comme manquants dans la réglementation communautaire actuelle, n'aient pas été considérés dans la nouvelle Proposition.

C'est le cas du maintien des exclusions du champ d'application de la proposition soit des clauses négociées individuellement, soit du prix et de l'objet du contrat (Article 32 n° 3).

2.4.2. C'est aussi le cas du manque d'approfondissement des règles de transparence dans la formation de la volonté ; l'expression constante de l'article 31, n° 2, « *de manière à lui donner effectivement la possibilité d'en prendre connaissance* » est non seulement trop vague, imprécise et subjective, mais ne fait l'objet d'aucune sanction.

2.4.3. On s'attendait aussi à ce que la Proposition stipule de façon claire et nette que les juges ont le pouvoir/devoir d'apprécier d'office le caractère abusif de toute clause d'un contrat, principal ou accessoire, même sans que les parties le demandent ; ce n'est pas le cas et, au contraire, l'absence de mention, à l'article 41 n°2, de la possibilité pour les juges nationaux de se saisir d'une question de clause abusive au cours d'un procès marque un recul par rapport au droit français qui donne cette possibilité au travers de son article L 141-4 du Code de la consommation, issu de la loi du 3 janvier 2008<sup>16</sup> ; et le fait reconnu, dans la jurisprudence de la Cour de Justice, de l'absence d'une règle générale sur l'obligation pour les juges nationaux de connaître d'office le droit communautaire, à l'exception précisément de la Directive 93/13/CE, en ajouterait le besoin d'une clarification<sup>17</sup>.

2.4.4. On aurait pu espérer aussi que la Proposition avance dans le sens de l'établissement, au niveau communautaire, d'un régime « positif » et de nature administrative, de négociation individuelle ou collective de clauses contractuelles, selon les secteurs d'activité ou les types

<sup>16</sup> Voir l'arrêt Lorthioir du 14 mai 1991, bull n° 153.

<sup>17</sup> Voir à propos les intéressantes Conclusions de l'Avocate Générale Verica TRSTENJAK du 07 mai 2009 (Cas C-227/08, Eva Martin c/ EDP Editores, S.L.).

de contrats, notamment dans le domaine des services financiers, comme il arrive déjà dans certains Etats-membres au niveau national. Malheureusement ce n'a pas été encore le cas.

- 2.4.5. Il aurait été opportun que la Proposition relance le débat sur l'application du régime des clauses abusives à d'autres contrats que ceux entre professionnels et consommateurs, comme c'est déjà le cas dans certains Etats-membres, et surtout quand, dans certaines Propositions récentes, la Commission a introduit récemment la notion de clauses abusives dans les contrats entre professionnels<sup>18</sup>.

Finalement on s'interroge sur l'absence totale d'une référence à la récupération du CLAB ou à la création d'un système identique de registre des clauses contractuelles abusives dans les différents Etats-membres et dont on se rappelle bien de son utilité pour les consommateurs, les professionnels et les juristes.

### **3. LES PRINCIPALES CONSÉQUENCES DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS LES DROITS NATIONAUX : LE CAS DE LA FRANCE**

#### 3.1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

- 3.1.1. On se rappelle la première loi sur les clauses abusives, la célèbre Loi SCRIVENER (Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978) qui a déclenché de vives réactions au point d'être accusée de « saccage du droit civil » ; celle-ci fut suivie du premier décret du gouvernement qui a défini timidement les premiers trois types de clauses abusives (Décret du 24 mars 1978) ; l'on se souvient du rôle de la Commission des Clauses Abusives et de la faible efficacité de ses Recommandations et des réticences et des résistances des Tribunaux dans l'application de la Loi, puis de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1985 qui a jugé irrecevable une action en justice intentée par une association de consommateurs. On se rappelle aussi des modifications successives introduites, tant en matière de substance que de procédure (par exemple la loi du 5 janvier 1988), notamment après la publication, en 1985, de la Proposition de la Commission de refonte du droit de la consommation avec ses listes, noire et grise<sup>19</sup> de plus de 34 clauses au total. Rappelons finalement la saga de la publication et de la transposition de la Directive 93/13/CE, à l'origine de l'article L 132-1 du Code de la Consommation et, aujourd'hui, des modifications introduites par le Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009.

- 3.1.2 Plutôt que de faire un historique des lois sur les clauses abusives, il est surtout important de discerner le fil conducteur et les principes dont elles s'inspirent pour évaluer l'impact de l'éventuelle adoption et transposition de la nouvelle Proposition de directive en France.

Je n'ai nullement la prétention de me considérer un expert en droit français et cette brève analyse repose donc sur les travaux de professeurs de droit français reconnus.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Voir Proposition de Directive sur les retards de paiement (COM (2009) 126 final de 08.04.2009).

<sup>19</sup> Voir la « Documentation française », 1985, pages 170 et 171

<sup>20</sup> J'aimerais citer comme auteurs de référence, parmi d'autres, Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, « Droit de la Consommation », 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz ; Yves PICOD et Hélène DAVO, « Droit la Consommation », Armand Colin, 2005 ; Michel TROCHU, Yannick TREMORIN et Pierre BERCHON, « La protection des consommateurs contre les clauses abusive », D.P.C.I. mars 1981 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen » in « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels » L.G.D.J. coll Bibliothèque de droit privé, tome 261, 1996 ; Marie-Odile THIERY-DUARTE, « Les Clauses abusives. La loi française conforme à la directive européenne » in RPDC n°4 octobre 1995 ; « Droit de la Consommation », Yvan AUGUET, Ed Ellipses, 2009.

3.1.3. Dès l'origine, les idées dominantes de la législation française sur les clauses abusives – comme dans une grande partie d'autres pays européens<sup>21</sup> - ont visé, d'une part une protection particulière des consommateurs dans les contrats pré-rédigés par les professionnels (contrats d'adhésion) et, d'autre part, les notions de « violence économique » et d'inégalité des parties.

Plutôt que de faire de la réglementation des clauses abusives un instrument de modification du droit des contrats en général, l'approche française a consisté à créer une exception pour les contrats de consommation et plus spécifiquement pour les contrats d'adhésion avec les consommateurs.

La « raison d'être » ultime des dispositions légales relatives aux clauses abusives a été la volonté de lutter contre « l'abus de position économique » sous différentes formes : « *l'abus de faiblesse ou d'ignorance, l'abus de vulnérabilité ou de situation de dépendance, la prohibition de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique* »<sup>22</sup>.

Même si la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 abandonne la référence aux notions d'abus de position économique et d'avantage excessif, pour se centrer sur le concept, plus proche de la Directive 13/93/CEE, de déséquilibre contractuel, l'idée d'une contrainte économique reste latente.

3.1.4. Or, la transposition de la Proposition de directive telle quelle dans le droit français serait en mesure de conduire à une approche totalement différente de la finalité et des présupposés de la réglementation des clauses abusives.

En effet, des doutes légitimes existent quant à ses conséquences sur le niveau de la protection effective des consommateurs, et l'ampleur de son champ d'application, compte tenu des changements profonds découlant du simple fait de la limitation introduite par l'harmonisation complète.

## 3.2. LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

3.2.1. Quant à la protection des consommateurs, plusieurs aspects amènent à constater une diminution de la protection des consommateurs si la Proposition de directive est transposée dans son état présent.<sup>23</sup>

3.2.2. D'abord la Directive introduit la notion de « déduction du contexte explicite », allégeant de fait l'obligation du professionnel, tandis que le droit français impose une obligation d'information générale forte (article L 111-1 du Code de la consommation), dont les tribunaux font une application extensive ; ce qui plus est, l'indéfinition de ce qu'est un « contexte explicite », risque de devenir source d'incertitudes juridiques et d'abus de la part de certains professionnels moins scrupuleux.

---

<sup>21</sup> Ce n'a pas été le cas du Portugal.

<sup>22</sup> Voir « Violence économique » Note à propos de l'arrêt n° 1005 de la Cour de cassation du 30 mai 2000, « DEPARIS C/Assurances mutuelles de France « Group Azur » », par le Prof. Grégoire LOISEAU, in « La Semaine Juridique », n° 4 du 24 janvier 2001, page 195.

<sup>23</sup> Le Rapport d'information présenté par Mme Marietta KARAMANLI, au cours de la réunion de la Commission des Affaires Européennes du 5 mai 2009 (Document E 4026) et examiné et discuté dans la réunion du 25 novembre 2009 (compte rendu n° 127), est important pour l'analyse des conséquences de cette Proposition de Directive dans le droit français. Pour le droit comparé et pour bien saisir le sens et le but de ces modifications dans le droit belge il est intéressant d'examiner l'Avis de la Commission belge des clauses abusives sur la réglementation des clauses abusives dans l'avant projet de loi relative à certaines pratiques du marché, du 19 novembre 2008. Le colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30<sup>ème</sup> anniversaire », le 20 mars 2009 à la Grand'Chambre de la Cour de Cassation, mérite aussi d'être mentionné.

3.2.3. Ce sera aussi le cas de la limitation de l'application aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle; et de la notion de rupture de l'équilibre qui devra désormais être raliée au désavantage ou au « détriment du consommateur ».

### 3.3. LES LISTES DES CLAUSES ABUSIVES

3.3.1. Il est important de réfléchir aux effets préjudiciels de la transposition des listes de la Proposition.

Comme l'a très bien signalé Mme Marieta KARAMANLI dans son Rapport d'information pour la Commission des Affaires Européennes de l'Assemblée Nationale, en ce qui concerne les clauses abusives, « *le dispositif proposé de définition harmonisée avec des listes européennes, modifiable par comitologie avec un comité des clauses abusives saisi après notification des Etats membres, par l'intermédiaire de la Commission européenne, des clause jugées abusives à leur niveau, encourt deux critiques. D'une part, les listes prévues avec 5 clauses interdites et 12 clauses suspectes ne correspondent pas à l'état du droit dans les Etats membres. L'Espagne a ainsi 32 clauses interdites et la France 12. D'autre part, même si les Etats membres conservent une certaine faculté d'appréciation en cas de déséquilibre des droits et obligations résultant d'une clause contractuelle, cette faculté se fera, de manière assez accentuée sous le contrôle de la Cour de justice. Dans l'ensemble, un tel mécanisme de liste européenne est donc plus rigide que l'actuel et moins susceptible de répondre avec souplesse et réactivité aux besoins dans une matière où les spécificités nationales sont nombreuses. ... Le risque de moindre protection par rapport aux mécanismes actuels est donc indéniable* ».<sup>24</sup>

3.3.2. En effet, la transposition des nouvelles listes aurait comme effet immédiat, au niveau de l'interprétation de la loi, de considérer que tous les types de clauses éliminés ne seraient plus abusifs et donc seraient permis.

Et même si on suppose que l'interprétation de la notion générale de clause abusive devrait permettre que ces types de clauses abusives (à l'exception de celles de l'annexe II) soient également considérées comme abusives, cela dépendra d'une décision judiciaire, soumise, comme toujours, au caractère aléatoire de toutes les décisions judiciaires et sans aucune garantie d'uniformité de la jurisprudence à travers l'Europe. Ceci entraînera des recours préjudiciels systématiques devant la Cour de Justice Européenne pour l'interprétation conforme au droit communautaire, elle aussi aléatoire.

Comme le Professeur Carole AUBERT de VINCELLES l'a très bien remarqué pendant l'audition publique du 2 mars 2009 au Parlement Européen (Comité « Marché Intérieur et Consommateurs) « *les listes de clauses et particulièrement la liste dite grise présentent des « catégories de clauses » et non des clauses précises. Une interprétation des clauses nationales sera donc nécessaire pour savoir si ces clauses rentrent dans l'une des catégories des Annexes II et III. Or cette interprétation ne pourra vraisemblablement se faire que par la Cour de justice des Communautés européennes, d'autant plus que l'harmonisation est totale. Ce recours systématique à la Cour de justice augmentera inévitablement le contentieux devant elle et avec lui les délais de la justice.* »

3.3.2. Mais ce serait la rédaction ou le maintien même de plusieurs clauses des listes actuelles des articles R 132-1 et R -132-2 qui serait mis en question, donnant lieu à leur suppression ou à des changements obligatoires dans le sens de la Proposition, ce qui impliquerait une moindre protection pour les consommateurs.

---

<sup>24</sup> Document E 4026 déposé et distribué le 17 octobre 2008, examiné au cours de la réunion du 5 mai 2009 et dans la Commission chargée des affaires européennes le 25 novembre 2009.

Comme l'a signalé Mme KARAMANLI dans son Rapport déjà cité, « *le dispositif récent du décret n° 2009-302 du 19 mars 2009 qui prévoit de telles listes, deviendrait caduque et il n'est pas certain que celles qui seraient acceptées au niveau européen couvrent tous nos cas actuels* ».

- 3.3.3. Ce serait notamment le cas de clauses comme celles prévues dans les n°s 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10 et 11 du nouvel article R 132-1 qui devraient disparaître comme clauses présumées abusives de manière irréfragable; de même, la clause prévue dans le n° 7 du nouvel article R 132-2 n'aurait plus sa place dans la liste grise de clauses présumées abusives, hormis si le professionnel a la charge de la preuve.

L'on pourrait encore discuter si d'autres clauses prévues dans les listes ne devrait être modifiées ou, purement et simplement remplacées par les nouvelles listes de la Proposition, exactement avec la même rédaction. Ceci semblerait appeler une transposition « *ipsis verbis* » pour être en accord avec le principe de l'harmonisation complète auquel les listes seraient soumises.

#### **4. CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES**

- 4.1. Contrairement à ce qui aurait été souhaitable la proposition de la Commission ne donne pas lieu à une révision de la Directive 93/13/CEE qui aurait pu contribuer au perfectionnement du droit et à une meilleure protection des consommateurs.
- 4.2. D'abord parce qu'elle part de quelques principes erronés quant aux raisons d'une révision, notamment le besoin de remplacer le régime de l'harmonisation minimale par l'harmonisation complète ou totale.
- 4.3. Ensuite, parce qu'elle n'a pas pris en considération tout ce que des théoriciens et praticiens du droit, juges et avocats, consommateurs et professionnels, administrations publiques centrales ou locales, ont répété au long des années et à maintes reprises, dans le cadre de réflexions approfondies et basées sur des expériences pratiques de l'application de la Directive.
- 4.4. La proposition semble notamment avoir oublié tout ce que la Commission elle-même avait déjà reconnu, dans les nombreuses études qui ont précédé les rencontres de Bruxelles de juillet 2009 sur « l'évaluation de la Directive 5 ans après ».
- 4.5. En adoptant le critère de l'harmonisation totale, sans permettre aux Etats-membres d'adopter ou de maintenir, dans leur droit interne, des niveaux de protection plus élevée, la proposition implique que le niveau de la protection soit obligatoirement aligné vers le bas niveau consacré dans la proposition.
- 4.6. En particulier, quelques modifications introduites dans la proposition conduisent à une réelle diminution du niveau de protection des consommateurs. C'est notamment le cas :
- a) de la définition de l'objet de la directive (article 1<sup>er</sup>) pour lequel le but premier c'est « le bon fonctionnement du marché intérieur » ; ce n'est qu'accessoirement qu'elle vient « assurer un niveau élevé de protection des consommateurs » ;
  - b) de la notion de consommateur, plus stricte que celle de la Directive 93/13/CE ;
  - c) du champ d'application, avec une restriction importante au détriment des consommateurs dans la mesure où la proposition ne s'appliquera qu'aux contrats « rédigés par avance », c'est-à-dire aux contrats d'adhésion (Article 30 n° 1);
  - d) de l'interdiction pour les Etats-membres « d'imposer des exigences formelles concernant le libellé des clauses contractuelles ou la façon dont ces dernières sont mises à la disposition du consommateurs » (Article 31 n°4).

- 4.7. Dans leur ensemble les listes noire et grise s'avèrent plus limitées dans le degré de protection que la liste indicative actuelle ; seulement 9 clauses de la proposition maintiennent une rédaction similaire à celle de la Directive.
- 4.8. La nature stricte et exhaustive des listes des clauses, oblige les Etats-membres à les transposer précisément sans en altérer aucunement la rédaction et les empêchant d'ajouter d'autres types ; cela implique aussi que des clauses typiques considérées abusives, même dans des listes noires, ne sont plus considérées comme abusives.
- 4.9. De même, la procédure pour la révision et l'éventuelle modification des listes, en plus d'être trop rigide, ne garantit pas une évaluation objective et crédible.
- 4.10. La rédaction même de plusieurs alinéas de la proposition est moins protectrice que celle de la Directive.
- 4.11. Le plus bas niveau de protection est mis en évidence par quelques types importants de clauses de la liste de la Directive qui ne se trouvent plus dans aucune des listes de la proposition.
- 4.12. Aussi les critères d'inclusion et de définition de certaines clauses dans l'une ou l'autre des listes restent opaques ; cela vaut pour les clauses des alinéas a), b), d) et h) de la liste grise de l'annexe III qui devraient plutôt appartenir à la liste noire de l'annexe II, dans la mesure où elles se réfèrent à des violations claires de principes impératifs du droit des contrats.
- 4.13. La limitation du contenu des listes de la proposition aura des conséquences préjudiciables pour les consommateurs, à savoir :
- a) certains pays connaîtront simultanément deux régimes différents, l'un pour les transactions « relations des professionnels entre eux » et l'autre « relations entre professionnels et consommateurs », ce dernier étant moins favorable pour les consommateurs que le premier pour les professionnels ;
  - b) en ce qui concerne l'interprétation des nouvelles listes, certains types de clauses supprimés des listes de la proposition ne devraient plus être considérés comme abusifs et devraient être désormais admis comme licites ;
  - c) et même en faisant valoir qu'à travers l'interprétation de la notion générale de clause abusive toutes ces clauses devraient être considérées comme abusives, cela devra se faire toujours par le truchement de décisions judiciaires aléatoires, moroses et coûteuses, et, à la fin, entraînant de successifs recours à la Cour de Justice Européenne pour la fixation de la jurisprudence conforme au droit communautaire.
- 4.14. En revanche, plusieurs aspects qui auraient dû être modifiés sur la base de l'expérience des années d'application de la Directive dans les Etats-membres, sont restés inexplicablement inchangés, sans aucune amélioration du niveau de la protection des consommateurs ;
- 4.15. Finalement il apparaît étrange que certains aspects qui ont été reconnus comme manquant dans la Directive n'aient pas été pris en considération dans cette proposition.
- 4.16. Pour toutes ces raisons cette proposition de modification de la Directive 93/13/CEE devrait être pure et simplement retirée et entièrement reformulée par la Commission.

# L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

*Par Sabine BERNHEIM DESVAUX*

*Maître de conférences habilitée à diriger des recherches en droit privé  
Membre du Centre Jean Bodin - Faculté de droit d'Angers*

---

S'il est un domaine où la jurisprudence participe activement à la création du droit positif, c'est bien celui des clauses abusives ! Établir un bilan de l'évolution de la jurisprudence française en matière de lutte contre les clauses abusives n'est, dès lors, pas tâche aisée tant la jurisprudence est riche, dense, mouvante...

En observant cependant de manière systématique la jurisprudence rendue en matière de clauses abusives depuis 1978, date de la première réglementation légale française, il apparaît que l'attention des juges français s'est focalisée sur trois points : le domaine d'application de la législation ; les modalités d'intervention du juge dans le contrat ; et le contrôle de l'abus. Or, il ressort de ces arrêts que le juge français, sous l'égide de la CJCE, transforme progressivement son rôle. Il adopte une définition de plus en plus stricte du consommateur, ce qui, corrélativement, restreint son champ d'intervention. Mais, dans cette limite ainsi définie, son pouvoir sur les clauses abusives est radical. Non seulement il intervient, de manière quasi-autoritaire, dans les contrats, mais de plus, il exerce un rôle primordial dans l'appréciation de l'abus.

Cette analyse mérite d'être vérifiée en présentant un bilan, nécessairement synthétique, de l'évolution prétorienne sur ces trois points.

## **(1) La restriction du domaine d'intervention du juge**

L'article L. 132-1 du Code de la consommation prescrit l'élimination des clauses abusives « *dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs* ». Inchangée depuis 1978, cette formulation n'est pas sans soulever des difficultés que le juge tente de résoudre. Les solutions ainsi dégagées nécessitent d'autant plus d'être exposées que le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie élaboré en 2008 n'a pas repris la proposition de l'avant-projet Catala de 2005 d'étendre l'éradication des clauses abusives aux contrats de droit commun. Puisque seuls les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel peuvent se voir appliquer l'article L. 132-1, il est impératif de définir le consommateur. Le fameux slogan du Président Kennedy « *nous sommes tous des consommateurs* » n'a pas de réalité juridique !

Le consommateur est, originellement, une notion économique désignant le dernier stade du processus économique. Lorsque le terme a été utilisé juridiquement, il n'a fait l'objet d'aucune définition légale. Le juge interne et le juge communautaire ont tenté de pallier cette lacune et des positions parfois divergentes sont apparues. Il semble aujourd'hui que la Cour de cassation tende à s'aligner sur la position stricte retenue par la CJCE. Illustrons nos propos par l'exposé des solutions apportées par les juges, interne et communautaire, aux deux contentieux suivants.

**D'une part, s'est posée, de manière récurrente, la question de savoir si le consommateur devait nécessairement être une personne physique.**

Le juge communautaire a affirmé expressément par un arrêt du 22 novembre 2001<sup>25</sup> qu'un consommateur ne peut pas être une personne morale. En effet, si le consommateur mérite d'être protégé, c'est parce qu'il est seul face à un professionnel averti. Or, les personnes morales, disposant d'instances collectives de réflexion, ne sont pas, par postulat, dans la même situation d'impuissance. En droit communautaire, le consommateur est donc nécessairement une personne physique.

Même si la Cour de cassation a été versatile, elle adopte actuellement une position conforme au droit communautaire. Après quelques hésitations, les Hauts magistrats avaient admis l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation à certaines personnes morales. Dans une première décision du 15 mars 2005<sup>26</sup>, la Cour de cassation affirmait que les personnes morales ne pouvaient être exclues du champ d'application des dispositions relatives aux clauses abusives. Dans une deuxième décision du 27 septembre 2005<sup>27</sup>, la législation sur les clauses abusives, invoquée au bénéfice d'une association, avait été appliquée. En filigrane de ces décisions, apparaissait l'idée que les personnes morales, type associations ou syndicats de copropriétaires, méritaient protection car elles avaient une puissance économique équivalente à celle d'une personne physique. Les juges se servaient de l'expression « non professionnel » visée par la loi française mais inconnue du droit communautaire afin d'étendre la protection à ces personnes morales.

Même si, par ce jeu de mots, le principe de primauté du droit communautaire était respecté, la France était concrètement en contradiction avec le droit communautaire. Cela explique sans doute le changement d'orientation que la jurisprudence française a amorcé début 2008. Ce sont les juges du fond qui ont, en premier, affirmé que les personnes morales ne pouvaient pas se prévaloir de la législation sur les clauses abusives. La Cour d'appel d'Aix l'a affirmé le 28 février 2008<sup>28</sup> pour un syndicat professionnel, et la Cour d'appel d'Orléans, le 16 juin 2008<sup>29</sup>, pour un comité d'entreprise. La Cour de cassation a finalement adopté une solution identique dans un arrêt du 11 décembre 2008<sup>30</sup>. Par un attendu de principe très clair, les juges ont énoncé : « *la législation sur les clauses abusives ne s'applique pas aux contrats de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales* ». Et, dans un dernier arrêt du 2 avril 2009<sup>31</sup>, la première Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé, certes dans le domaine de la reconduction des contrats, que le consommateur ne peut être qu'une personne physique et qu'un comité d'entreprise, personne morale, ne peut donc pas bénéficier de la législation consumériste.

Ainsi, dans le dernier état de la jurisprudence, la législation sur les clauses abusives ne peut pas être invoquée par une personne morale, en droit interne comme en droit communautaire,

---

<sup>25</sup> CCC 2002, comm. n° 18, note G. RAYMOND ; JCP 2002, éd. G., II, 10047, note G. PAISANT ; D. 2002, juris. p. 90, note C. RONDEY ; RTDciv. 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; p. 397, obs. J. RAYNARD ; RTDcom. 2002, p. 404, obs. M. LUBY

<sup>26</sup> D. 2005, AJ, p. 887, note C. RONDEY ; juris. p. 1948, note A. BOUJEKA ; panor. p. 2840, obs. S. AMRANI-MEKKI ; RTDciv. 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTDcom. 2005, p. 401, obs. D. LEGEAIS ; RDC 2005, p. 740, obs. D. FENOUILLET ; CCC 2005, comm. n° 100, note G. RAYMOND

<sup>27</sup> D. 2006, juris. p. 238, note Y. PICOD ; CCC 2005, comm. n° 215, note G. RAYMOND

<sup>28</sup> Jurisdata n° 2008-001582

<sup>29</sup> Jurisdata n° 2008-370828

<sup>30</sup> n° 07-18128 ; Jurisdata n° 2008-04623 ; JCP 2009 éd. E, 1278, note G. RAYMOND : solution appliquée à un contrat conclu entre deux sociétés commerciales dont l'objet était l'installation d'un distributeur automatique de boissons chaudes avec clause d'exclusivité

<sup>31</sup> n° 08-11231 ; Jurisdata n° 2009-047838 ; JCP 2009 éd. G ; 238, note G. PAISANT ; CCC 2009, comm. n° 182, note G. RAYMOND : arrêt relatif à la reconduction des contrats mais dont l'attendu peut être étendu à d'autres domaines

ce qui est d'ailleurs conforme à la proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008<sup>32</sup> dont l'application est réservée aux personnes physiques.

**D'autre part, s'est posée, de manière tout aussi récurrente, la question de savoir si le consommateur pouvait être un professionnel.**

En droit communautaire, le commerçant agissant dans le cadre de son activité professionnelle ne peut pas bénéficier de la Directive de 1993 et, dans un arrêt du 20 janvier 2005<sup>33</sup>, la CJCE a précisé que, lorsqu'une personne conclut un contrat à la fois pour ses besoins professionnels et personnels, la part d'activité professionnelle doit être insignifiante, par rapport aux besoins personnels satisfaits par le contrat, pour que le droit de la consommation s'applique.

De son côté, la Cour de cassation a adopté une position intermédiaire. Depuis une décision du 24 janvier 1995<sup>34</sup>, la première Chambre civile de la Cour de cassation rappelle de façon constante que l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée. Et la Chambre commerciale s'est ralliée à cette position le 4 mars 2000<sup>35</sup>.

Cette solution est ambiguë. A première vue, elle semble consacrer une conception extensive du consommateur, puisqu'elle permet, en théorie, à un professionnel de bénéficier de la législation consumériste. Dès l'instant qu'il conclut un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle, il peut invoquer la législation sur les clauses abusives<sup>36</sup>. Et lorsque la personne conclut à la fois pour ses besoins professionnels et personnels, le juge apprécie la part d'activité professionnelle, qui doit être moins importante, sans pour autant être insignifiante comme en droit communautaire<sup>37</sup>. En réalité, la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'une question de fait soumise en tant que telle à l'appréciation souveraine des juges du fond. Force est alors de constater que, le plus souvent, le rapport direct est relevé. En effet, les juges semblent raisonner de manière suivante. Afin d'apprécier le rapport direct, ils prennent en compte la finalité de l'opération effectuée. Ils mesurent si l'opération a ou non pour finalité l'exercice de la profession. Et, dès l'instant que l'opération a pour finalité l'exercice de la profession, le contrat est considéré comme ayant un rapport direct avec la profession. Ainsi, dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 février 2009<sup>38</sup>, le rapport direct avec l'activité professionnelle a été tiré du fait que le prêt conclu était un accessoire de deux autres prêts professionnels. Or, un tel critère finaliste conduit à l'exclusion quasi systématique des professionnels du champ d'application de la législation. En effet, il conduit à distinguer entre les contrats inhérents à l'activité professionnelle, exclus de l'article L. 132-1, et ceux simplement utiles à l'activité

---

<sup>32</sup> V. C. CASTETS-RENARD, *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, D. 2009, p. 1158 ; G. PAISANT, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ?*, JCP 2009, étude n° 118 ; S. WHITTAKER, *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'« harmonisation complète »*, D. 2009, p. 1152

<sup>33</sup> CCC 2005, comm. n° 100, note G. RAYMOND

<sup>34</sup> *Bull. civ.*, I, n° 54 ; D. 1995, juris. p. 327, note G. PAISANT ; somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTDciv.* 1995, p. 360, obs. J. MESTRE

<sup>35</sup> *BRDA* 2000, n° 8 p. 10

<sup>36</sup> A titre d'exemple, l'absence de rapport direct a été retenue, dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 16 mars 2005 pour un contrat relatif à l'installation et à la maintenance d'un lecteur de chèques chez une coiffeuse, V. *Jurisdata* n° 2005-277661 ; CCC 2005, comm. n° 215, 2<sup>ème</sup> esp.

<sup>37</sup> Ainsi, un avocat qui avait contracté avec une société de télésurveillance pour la sécurité de l'immeuble dans lequel il avait son domicile et son cabinet professionnel a été qualifié de consommateur par les juges aixois dans une décision du 26 mai 2005, V. CCC 2006, comm. n° 54, note G. RAYMOND

<sup>38</sup> n° 08-15727

professionnelle, inclus dans l'article L. 132-1. Mais, en pratique, les contrats conclus par le professionnel sont le plus souvent nécessaires à son activité et donc inhérents à son activité professionnelle. Il y a sans doute un certain paradoxe de prétendre appliquer au professionnel une règle de protection à l'aide d'un critère qui conduit en réalité à son exclusion.

Cette jurisprudence mérite cependant approbation. D'une part, elle est conforme à la jurisprudence communautaire. D'autre part, elle s'inscrit dans le courant de pensée suivant lequel la protection consumériste peut servir de modèle à d'autres protections, sans être étendue à des non consommateurs. Ainsi le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce, modifié par la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008, est le décalque de l'article L. 132-1 pour les relations

commerciales. Il prévoit une responsabilité du producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Par conséquent, puisqu'il existe dorénavant un texte spécifique sanctionnant les clauses abusives entre professionnels, il n'est pas nécessaire d'étendre le domaine d'application de la législation consumériste.

Aux termes de cette évolution jurisprudentielle, le consommateur est une personne physique agissant pour obtenir la satisfaction d'un besoin personnel sans rapport de finalité avec son activité professionnelle. Cette définition stricte délimite le champ d'application de la législation. Mais, dans cette limite, le juge va pouvoir intervenir afin de sanctionner les clauses abusives. Et son intervention est de plus en plus marquée.

## **(2) L'intervention primordiale du juge dans la mise en œuvre de la sanction des clauses abusives.**

Le juge s'est progressivement assigné une place prépondérante dans la lutte contre les clauses abusives. Son interventionnisme dans le contrat peut être présenté en distinguant deux étapes majeures.

**La première étape débute en 1978 et s'achève en 2000. Elle pourrait être titrée « le juge, d'un arbitre neutre à un intervenant actif ».**

Rappelons brièvement que la loi Scrivener du 10 janvier 1978 avait confié au seul pouvoir réglementaire le soin d'identifier par décret les clauses abusives. Le consommateur ne pouvait saisir le juge que si les clauses litigieuses étaient visées par le décret et le juge saisi devait les réputer non écrites, sans aucune appréciation. La difficulté provint de ce que les gouvernements successifs se montrèrent plus que discrets dans la mise en œuvre de ce pouvoir. En effet, un seul décret intervint le 24 mars 1978, comportant un nombre restreint de clauses<sup>39</sup>. Les juges, par un « coup d'état », se sont alors arrogés le pouvoir que la loi leur avait dénié et ont sanctionné des clauses non visées par le décret. Aux termes d'une lente évolution initiée en 1980, la Cour de cassation s'est finalement prononcée sans ambiguïté en faveur du pouvoir du juge d'annuler les clauses abusives en l'absence de décret d'application, dans deux arrêts du 14 mai 1991<sup>40</sup> et du 26 mai 1993<sup>41</sup>.

La loi du 1<sup>er</sup> février 1995 a pris acte de cette évolution jurisprudentielle et a organisé un système original de lutte contre les clauses abusives. Le pouvoir réglementaire fut reconduit et

<sup>39</sup> dont l'une a d'ailleurs été annulée par une décision du Conseil d'Etat de 1979.

<sup>40</sup> D. 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; RTDciv. 1991, p. 526, obs. J. MESTRE; *Petites affiches* n° 81, 8-7-1991, p. 18

<sup>41</sup> *Bull. civ.*, I, n° 192 p. 132

le gouvernement conserva le pouvoir de lister des clauses déclarées abusives que le juge devait réputer non écrites, sans aucun pouvoir d'appréciation<sup>42</sup>. Mais, parallèlement, la loi autorisa le juge à déclarer abusive une clause non interdite par décret et à la priver d'efficacité. Afin d'apprécier l'abus, le juge pouvait notamment s'appuyer sur les recommandations de la Commission des clauses abusives ou sur la liste de clauses annexées à la loi.

**La seconde étape a été amorcée en 2000 et pourrait être titrée « de l'autonomie du juge dans la lutte contre les clauses abusives au devoir de sanction des clauses abusives ».**

L'histoire débute par un arrêt de la CJCE du 27 juin 2000, l'arrêt *Oceano Grupo*<sup>43</sup>, par lequel le juge communautaire reconnut au juge national la faculté de relever d'office le caractère abusif d'une clause. Les juges français furent cependant réticents à adopter cette solution et la Cour de cassation<sup>44</sup> répétait invariablement : « *la méconnaissance des exigences de la loi, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour but de protéger* ». Afin de mettre fin à cette réticence, la loi du 3 janvier 2008 créa l'article L. 141-4 du Code de la consommation suivant lequel : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* » Et la Cour de cassation finit par s'incliner dans un arrêt de la première Chambre civile du 22 janvier 2009<sup>45</sup>.

Mais, l'histoire rebondit avec un nouvel arrêt de la CJCE en date du 4 juin 2009, l'arrêt *Pannon*<sup>46</sup>, qui pose l'obligation du juge national de relever d'office le caractère abusif d'une clause. Même si cette solution n'a pas été à ce jour consacrée expressément en droit interne, la Cour de cassation sera contrainte de l'adopter par application du principe de primauté du droit communautaire. D'autant que le juge communautaire ne semble pas enclin à vouloir modifier sa position. D'une part, il l'a réaffirmée dans un arrêt du 6 octobre 2009<sup>47</sup> qui impose au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause compromissaire stipulée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. D'autre part, il l'a étendue dans un arrêt le 17 décembre 2009<sup>48</sup>, à la nullité d'un contrat du fait de la méconnaissance des règles relatives au démarchage.

Le juge français a donc désormais le devoir de sanctionner les clauses abusives dans les contrats, en relevant d'office toutes les clauses que le consommateur n'aura pas soulevées. Cette évolution fulgurante de la jurisprudence relativement au pouvoir du juge de sanctionner les clauses abusives n'est pas sans conséquence sur les modalités du contrôle de l'abus opéré par le juge. En effet, si le juge a l'obligation de relever d'office les clauses abusives dans les contrats qui lui sont soumis, il doit corrélativement avoir de larges pouvoirs d'appréciation de l'abus.

---

<sup>42</sup> Ainsi, un décret du 25 novembre 2005 introduisit de nouvelles clauses abusives.

<sup>43</sup> Aff. C-240-98 à 244-98; *RTDciv.* 2000, p. 939, obs. J. RAYNARD ; *RTDciv.* 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 2001 éd. G., II, 10513, obs. M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT

<sup>44</sup> V. spéc. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15-2-2000, n° 98-12713 ; *Jurisdata* n° 2000-000518 ; *Bull. civ.*, I, n° 49 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16-3-2004, *Bull. civ.*, I, n° 91 ; *JCP* 2004 éd. G., II, 10129, note Y. DAGORNE-LABBE ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 3-4-2007, n° 06-10468, *Jurisdata* n° 2007-038380

<sup>45</sup> *CCC* 2009, comm. n° 88, note G. RAYMOND ; *D.* 2009, 908, note S. PIÉDELIÈVRE ; *JCP* 2009 éd. G., II, 10037, note X. LAGARDE

<sup>46</sup> Aff. C-243/08 ; *JCP* 2009 éd. E, 293 ; *CCC* 2009, Alertes n° 54 ; *JCP* 2009, éd. E, 1970, note L. RASCHEL ; *D.* 2009, 2312, note G. POISSONNIER ; *JCP* 2009 éd. G, 336, note G. PAISANT. Cette décision n'est cependant pas une surprise car l'arrêt *Mostaza Claro* du 26 octobre 2006 avait annoncé la solution, Aff. C-168/05, *D.* 2006, p. 2910, obs. V. Avena-Robardet

<sup>47</sup> Aff. C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, *Procédures* n° 12, Décembre 2009, comm. 400 par C.

NOURRISSAT

<sup>48</sup> *V. D.* 2010, p. 146

### **(3) Le contrôle des clauses abusives par le juge.**

L'article L. 132-1 du Code de la consommation définit l'abus comme « *le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* ». C'est, *a priori*, une définition qui conduit le juge à procéder à une appréciation *in concreto*, l'interprétation de la clause litigieuse permettant de qualifier l'abus. En réalité, l'attitude du juge est différente suivant la clause litigieuse qui lui est soumise. Il doit distinguer entre les trois types de clauses institués par la loi LME n° 2008-776 du 4 août 2008 et le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009. En revanche, quelle que soit la clause litigieuse, le juge exerce un rôle primordial dans le contrôle de l'abus. Détaillons successivement ses pouvoirs face aux trois types de clauses abusives.

#### **Les pouvoirs du juge face à une clause noire, c'est-à-dire une des douze clauses visées par l'article R. 132-1 du Code de la consommation.**

Les clauses abusives dites noires sont les 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. En d'autres termes, le déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat n'est pas simplement significatif, il est grave. De ce fait, de telles clauses sont interdites, indépendamment de leur contexte contractuel. Le juge est privé de son pouvoir d'appréciation de la clause litigieuse puisque l'abus est identifiable du seul fait de l'interdiction de la clause par décret.

On pourrait alors être tenté d'en déduire que le juge voit ses pouvoirs fortement diminués. En effet, avant le décret de 2009, le nombre de clauses noires étant très limité, il était assez rare que le juge soit privé de son pouvoir d'appréciation de l'abus. En augmentant le nombre de clauses noires, le décret de 2009 limite d'autant le pouvoir du juge d'apprécier l'abus. En réalité, on assiste à une mutation du rôle du juge. Le juge sera amené plus souvent qu'auparavant à se prononcer sur le point de savoir si la clause litigieuse appartient ou non à la liste noire visée par le décret. Privé de son pouvoir d'appréciation de l'abus, il conserve celui d'interprétation de la clause aux fins de qualification. Ce pouvoir d'interprétation de la clause sera d'autant plus fréquent que le juge a désormais l'obligation de relever d'office les clauses abusives et de les éradiquer systématiquement.

#### **Les pouvoirs du juge face à une clause grise, c'est-à-dire une des dix clauses visées par l'article R. 132-2 du Code de la consommation.**

Les clauses abusives dites grises sont les clauses qui, eu égard au déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, sont présumées abusives, sauf au professionnel à apporter la preuve contraire. Cette catégorie de clauses a été créée par la réforme de 2008 et il convient donc de déterminer les modalités du contrôle de l'abus par le juge.

Le rôle du juge apparaît dual. En premier lieu, il a un pouvoir d'interprétation de la clause aux fins de qualification. Le but de cette interprétation est de vérifier si la clause litigieuse entre ou non dans la liste visée à l'article R. 132-2. En second lieu, il a un pouvoir d'appréciation de l'abus. Mais, encore faut-il distinguer suivant la qualification retenue. S'il s'agit d'une clause visée par le décret de 2009, le juge est dispensé de caractériser l'abus puisqu'il est présumé. Mais, il exercera son pouvoir d'appréciation de l'abus lorsqu'il évaluera la preuve contraire apportée par le professionnel. Dans le cas contraire, il devra apprécier l'abus dans les mêmes conditions que pour les clauses hors liste.

#### **Les pouvoirs du juge face à toute autre clause abusive, hors liste, dite clause blanche.**

Lorsque la clause litigieuse ne figure pas dans les listes données par les articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, le juge a un pouvoir d'interprétation de la clause aux fins de qualification de l'abus. Ce contrôle n'est pas nouveau et date des années 1990, date à laquelle le juge s'était arrogé le pouvoir de sanctionner les clauses abusives ne figurant dans aucun décret. Des directives d'interprétation sont données par l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Ainsi, l'alinéa 5 dudit article prescrit de se référer à toutes les circonstances juridiques et économiques qui entourent la conclusion du contrat, à la rédaction même des clauses, ainsi qu'à toutes les autres clauses du contrat ou d'un autre contrat dépendant juridiquement de celui dans lequel la clause est insérée. Le standard du déséquilibre significatif nécessite en effet une individualisation au cas par cas par le juge. Ce dernier doit procéder à un jugement de valeur par rapport à l'équilibre contractuel et prendre en compte le contexte contractuel. Une même clause peut être abusive dans un contrat, mais pas dans un autre. On s'aperçoit que, pour ces clauses, le pouvoir exercé par le juge est gigantesque, sous réserve du contrôle régulateur de la Cour de cassation et de l'impact des recommandations de la Commission des clauses abusives

## **Conclusion.**

Ce bref aperçu de l'évolution de la jurisprudence suffit à révéler le rôle prépondérant du juge dans l'éradication des clauses abusives. Le juge français doit relever d'office toute clause abusive dans les contrats qui lui sont soumis, ce qui nécessite qu'il détienne des pouvoirs étendus lui permettant d'apprécier l'abus.

On ne saurait s'en étonner tant la protection effective du consommateur suppose un rôle actif du juge dans l'examen du contrat. Reste à noter que cette évolution n'est pas arrivée à son terme, ne serait-ce qu'en raison des changements qui s'annoncent avec la directive sur les droits du consommateur. Mais, n'est-ce pas dans la fonction de la jurisprudence de s'adapter... et dans le nôtre de la décrypter ?

# REGARD DU PROFESSIONNEL ET MISE EN ŒUVRE DANS LES CONTRATS PROPOSES AUX CONSOMMATEURS

**René PINON**  
Responsable Juridique Groupe SOFINCO

## SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	59
I CREDIT A LA CONSOMMATION ET CLAUSES ABUSIVES.....	60
I-1 LES CLAUSES ABUSIVES ET LA REGLEMENTATION ACTUELLE DES CONTRATS DE CREDIT A LA CONSOMMATION ET SA FUTURE EVOLUTION .....	60
I-1-A <i>Les rares recommandations de la CCA sur les clauses abusives     dans les contrats de crédit à la consommation.....</i>	60
I-1-B <i>L'appréciation variée des clauses pouvant être considérées     comme abusives par les tribunaux.....</i>	61
I-2 LES CONSEQUENCES DE LA PROBABLE DISPARITION DU REFERENTIEL/ETALON DES MODELES TYPE DE CONTRATS DE CREDITS APRES L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA NOUVELLE LOI SUR LE CREDIT A LA CONSOMMATION .....	63
II LA PRISE EN CONSIDERATION PAR LE PROFESSIONNEL COMME « SOURCE DE DROIT » DES TRAVAUX DE LA COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES .....	64
II-1 LES APPORTS DU COLLOQUE DU 30EME ANNIVERSAIRE DE LA COMMISSION DE CLAUSES ABUSIVES.....	64
II-1-A <i>La détermination par la Commission des Clauses Abusives     des limites de celles-ci dans ses Recommandations et Avis.....</i>	64
II-1-B <i>L'attachement du professionnel au principe de la liberté contractuelle tempéré par l'espace de     dialogue de la Commissions des Clauses Abusives.....</i>	65
II-1-C <i>Le crédit « responsable » suppose que chaque partie au contrat     s'impose des obligations, règle qui doit aboutir à des contrats     dont la validité ne serait plus contestée .....</i>	66

III	L'IMPACT DE LA TRANSPOSITION DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL RELATIVE AUX DROITS DES CONSO MMATEURS DU 08 OCTOBRE 2008 .....	67
III-1	UN IMPACT DIRECT SUR LES LISTES DE CLAUSES DEVANT ETRE REGARDEES DE MANIERE IRREFRAGABLE COMME ABUSIVES OU DEVANT ETRE PRESUMEEES COMME ABUSIVES AU SENS DES ARTICLES R132-1 ET R132-2 DU CODE DE LA CONSOMMATION .....	67
III-2	L'AMBIGUITE DU CONCEPT « D'HARMONISATION TOTALE » VA PLACER LES ETATS MEMBRES AINSI QUE LES PROFESSIONNELS DEVANT DES INCERTITUDES .....	68
III-2-A	<i>Le concept d'harmonisation total ne permettrait plus de maintenir ou d'introduire des mesures de protection des consommateurs plus strictes que celles établies par la directive .....</i>	68
III-2-B	<i>L'exemple de l'application par la CJCE de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales .....</i>	69
III-2-C	<i>Clauses abusives et atteinte substantielle aux droits des consommateurs .....</i>	69
III-2-D	<i>Le système tripartite de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs aurait pour objectif de contribuer à un meilleur fonctionnement du Marché intérieur et à offrir des solutions .....</i>	70
IV	CONCLUSION .....	71
IV-1	LE CREDIT UNE ACTIVITE TRES REGLEMENTEE : CONTEXTE ET ACTUALITE.....	71
IV-1-A	<i>Contexte général .....</i>	71
IV-1-B	<i>Contexte clauses abusives.....</i>	71
IV-1-C	<i>Actualité.....</i>	72
IV-2	CCA ET CLAUSES ABUSIVES .....	72
IV-2-A	<i>Perspectives France.....</i>	72
IV-2-B	<i>Perspectives UE .....</i>	72
IV-3	CLAUSES ABUSIVES : UN ASPECT DE LA DEFENSE DU CONSOMMATEUR .....	72
IV-4	UN CHANGEMENT DE CULTURE NECESSAIRE.....	73

## INTRODUCTION

Qu'il me soit tout d'abord permis de commencer mon intervention par une observation :

Je serai au cours de ce colloque le seul regard du professionnel et de la mise en œuvre de certains contrats proposés aux consommateurs, plus précisément dans les contrats de *consommation*, conclus entre professionnels et non-professionnels, et parmi ceux-ci, d'un domaine d'activité – le crédit – qui est l'un des plus observés. Je remercie les organisateurs du SAF : c'est un honneur, et une responsabilité.

Et ce quelques jours seulement avant que l'Assemblée Nationale ne commence l'examen du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, dit « Loi LAGARDE » transposant la directive communautaire du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, textes majeurs même si leur objet n'est pas, au moins pour la Directive, de régler les questions de droit des contrats relatives à la validité des contrats de crédit. La DCC précise cependant que le consommateur doit être en mesure, selon la directive, de connaître ses droits et obligations au titre du contrat de crédit, celui-ci *devant contenir de façon claire et concise toutes les informations nécessaires*. C'est moins vrai pour le projet de loi LCC : en effet dans ce domaine, les Etats membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions nationales, édicter des règles régissant le régime juridique de l'offre de contrat de crédit.

Il s'agit donc de contrats particulièrement réglementés et sous l'empire de la loi actuelle (articles L311-1 et suivants du Code de la Consommation) dont l'origine est la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 dite Loi SCRIVENER 1 – elle-même concomitante de la loi n° 78-23 également de janvier 1978 dite SCRIVENER 2 - sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services qui, je le rappelle, est le premier texte en France qui a légiféré en matière de protection des consommateurs contre les clauses abusives et qui a institué la Commission des Clauses Abusives auprès du Ministre chargé de la Consommation (articles 35 à 38 de la loi).

Hasard des dates ? Non, je ne le crois pas car dans les deux cas, à cette époque qui fut certainement l'une des périodes les plus marquantes, l'entrée en force du consumérisme dans le Droit français, l'objectif était de mieux protéger et de mieux informer les consommateurs.

Il ne s'agissait d'ailleurs pas, comme pourraient le faire croire des thèses réductrices, de protéger le consommateur systématiquement contre certaines pratiques des professionnels, mais d'instituer également de manière générale des règles que s'imposaient déjà parfois les professionnels – et parmi eux des établissements de crédit dont la société SOFINCO faisait partie – afin que *toutes les entreprises*, et en particulier celles appartenant à la même profession respectent dans leurs contrats un principe essentiel : ne pas abuser d'une puissance économique pour s'octroyer des avantages excessifs à l'occasion de contrats imposés aux consommateurs.

En 1978, alors que la Commission des Clauses Abusives allait s'atteler à une œuvre considérable, la première loi sur le crédit instituait immédiatement des modèles type d'offres préalables pour chaque type de crédit : modèles type créés par le décret du 24 mars 1978 et dont la violation est sanctionnée, non seulement par la nullité de la clause en contravention avec le modèle réglementaire, mais également – sanction suprême – par la déchéance du droit aux intérêts du prêteur.

Sanction beaucoup plus lourde que la sanction prévue en cas de clause simplement abusive, c'est-à-dire pour reprendre la définition actuelle de l'article L.132-1 du Code de la Consommation, la clause qui a pour objet de créer au détriment du consommateur *un déséquilibre significatif* entre les droits et les obligations des parties (et non plus *un avantage excessif*), sauf pour le professionnel à apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse, et qui est alors réputée « *non écrite* », ce qui n'entraîne pas pour autant la perte du droit aux intérêts.

Certes, la jurisprudence démontre que parfois une clause peut être à la fois abusive et illicite, et de nombreux exemples de clauses cumulant ces deux griefs pourraient être rappelés, en particulier dans un certain nombre de décisions sur assignations d'organisations de consommateurs ; notamment à propos de contrats de crédit à la consommation, même si l'on doit observer que, dans leur sagesse, de nombreux tribunaux et Cours ont justement considéré que des clauses sévèrement critiquées n'étaient ni abusives, ni illicites.

Il convient d'ailleurs de souligner que l'article R.132-2-1 (§ II et III) dans sa version du décret du 18 mars 2009, et s'agissant de l'application des clauses présumées de manière irréfragable abusives (clauses noires) ou des clauses présumées abusives (clauses grises) prévoit que certaines clauses se trouvant dans les contrats émis par des fournisseurs de services financiers ne sont pas pour autant abusives.

Je m'attacherai donc à regarder avec vous, tout d'abord à quelles occasions et comment la Commission des Clauses Abusives et les tribunaux se sont prononcés sur des clauses contenues dans des contrats de crédit puis quels seront les probables conséquences de la future loi sur le crédit à la consommation du fait de la disparition probable du principal référentiel qui existait : les modèles type d'offres préalables de crédits (I).

Dans un second temps, je m'attacherai à vous démontrer que les professionnels considèrent que la Commission des Clauses Abusives constitue pour eux aussi une source de droit particulièrement appréciée (II).

Enfin, dans un troisième temps, je tenterai d'évaluer les conséquences de ce que sera la transposition de la directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008 qui s'écarte du principe actuel d'harmonisation minimale pour imposer, au contraire, et de manière générale, une approche d'harmonisation complète des réglementations en matière de protection des consommateurs, ce qui impactera profondément la détermination de la notion de clause abusive (III).

## **I CREDIT A LA CONSOMMATION ET CLAUSES ABUSIVES**

### **I-1 LES CLAUSES ABUSIVES ET LA REGLEMENTATION ACTUELLE DES CONTRATS DE CREDIT A LA CONSOMMATION ET SA FUTURE EVOLUTION**

#### **I-1-A Les rares recommandations de la CCA sur les clauses abusives dans les contrats de crédit à la consommation**

Les recommandations émises depuis plus de 30 ans par la Commission des Clauses Abusives en matière de contrats de crédit à la consommation sont peu nombreuses et la plupart du temps anciennes :

La 1<sup>ère</sup> recommandation n° 86-01 du 17 janvier 1986 concernant les contrats de location avec option d'achat ou les contrats de location avec promesse de vente de biens de consommation a finalement été intégrée dans la réforme du modèle type du 24 mars 1978 modifié le 22 juillet 1987 et de nouveau modifiée après l'entrée en vigueur de l'arrêté du 14 mai 2007.

La 2<sup>ème</sup> recommandation n° 90-01 du 10 novembre 1989 concernait d'ailleurs quant à elle uniquement les contrats d'assurance complémentaires à un contrat de crédit à la consommation immobilier ou à un contrat de location avec option d'achat et plus particulièrement à propos des conditions d'adhésion à des assurances de groupe : d'une manière générale, cette recommandation a été prise en compte par les professionnels et en fonction également de l'évolution du Code des Assurances (notamment ses articles L 140-1 à L 140-4). Enfin, la 3<sup>ème</sup> recommandation n° 2004-3 du 27 mars 2004 concernait certes le crédit mais uniquement les prêts immobiliers.

Ainsi peut-on considérer que le dispositif législatif et réglementaire mis en place à partir de 1978, maintes fois modifié, sur les clauses des contrats de crédit à la consommation, se suffisait à lui-même pour assurer une information et une protection satisfaisante des emprunteurs.

On distinguera donc les modèles-types des clauses ajoutées.

### **I-1-B L'appréciation variée des clauses pouvant être considérées comme abusives par les tribunaux**

Il n'en demeure pas moins que les tribunaux d'instance ont eu très souvent l'occasion de considérer certaines clauses « ajoutées » comme soit illicites, soit abusives ou illicites et abusives : tel est le cas en matière d'exigibilité anticipée du prêt par déchéance du terme, de suspension ou de résiliation du contrat (tribunal d'instance de Niort 16/12/01998, de Rennes 04/10/2008, 08/08/2000, 03/03/2003, 08/12/2006, 07/05/2007, du Raincy 18/10/2001 et Cour d'Appel de Rennes du 26/02/2004, en particulier à propos d'une clause visant les fausses déclarations ou les déclarations inexactes de l'emprunteur : toutefois, pour la même clause, le tribunal d'instance de Paris 8<sup>ème</sup> dans un jugement du 13/07/2007 précisait qu'il n'y avait pas aggravation de la situation de l'emprunteur quand la résiliation du contrat était prévue pour sanctionner une fausse déclaration intentionnelle et qu'en conséquence la clause n'était pas abusive. Tel est encore le cas pour une clause de suspension d'utilisation du crédit (tribunal d'instance de Niort 16/12/1998) ; de résiliation du crédit en cas de non respect d'une obligation essentielle du contrat, de décès, de défaut de paiement d'une seule échéance à la date fixée ou prorogée car ces clauses réunies aggravaient la situation de l'emprunteur.

On rappellerait utilement que dans un Avis de la CCA du 24 février 2005, n° 05-03, relatif au prêt personnel, il a été considéré que « sont abusives les clauses de résiliation de plein droit qui prévoient la résiliation pour des causes étrangères au manquement par l'emprunteur à son obligation essentielle de paiement des échéances ou qui se rapportent à des informations qui ne sont pas de nature à éclairer le prêteur sur le risque de défaillance de l'emprunteur ».

Cette solution devait être retenue également par le tribunal d'instance de Rennes dans un jugement du 06 janvier 2003 en ce que la clause prévoyait la sanction de la résiliation du prêt pour des causes étrangères à la défaillance dans les remboursements, seule visée par l'article L 311-30 du Code de la Consommation ; même solution dans un arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de Cassation du 1<sup>er</sup> février 2005 pour une clause de résiliation prévoyant l'application d'une clause pénale à une défaillance extracontractuelle, l'arrêt ne remettant cependant pas en cause la décision du tribunal d'instance de Rennes qui avait validé les clauses de suspension du crédit en cas de chômage et de résiliation en cas de décès de l'emprunteur.

Dans le même Avis du 24 février 2005, en revanche, la CCA considérait que n'était pas abusive la clause de résiliation en cas de non paiement d'une mensualité dans la mesure où le consommateur en a eu connaissance au moment de s'engager sur l'échéancier de ses remboursements ni celle prévoyant la résiliation en cas de décès de l'emprunteur dans la mesure où le prêt est consenti en considération de la situation patrimoniale et du sérieux de l'emprunteur.

L'on citerait encore un arrêt de la Cour d'Appel de Limoges du 05 avril 2006 considérant que la clause de résiliation de plein droit d'un contrat de prêt personnel en cas de non paiement d'une mensualité n'est pas abusive dès lors que l'hypothèse du défaut de paiement par l'emprunteur d'une mensualité à son échéance représente un manquement à son obligation contractuelle essentielle qui est source de déchéance du terme selon les dispositions de l'article L 311-30 du Code de la Consommation, infirmant un jugement du tribunal d'instance de Bourgneuf du 10 juin 2005, la Cour d'Appel se référant expressément à l'Avis de la CCA du 24 février 2005 (idem TI de Rennes 08/08/2000).

Le même tribunal d'instance de Rennes validant également la clause de résiliation en cas de fausse déclaration de l'assuré et validant également dans un jugement du 27/06/2000 la clause permettant la résiliation en cas de décès de l'emprunteur *dès lors qu'il est toujours loisible aux héritiers de refuser la succession échue avec un passif excédant l'actif successoral et d'échapper ainsi aux conséquences de la résiliation anticipée.*

En revanche, dans un jugement du 04/09/2002, le tribunal d'instance de Saint Lô condamnait comme abusive la clause de résiliation en cas d'impayés sur un autre contrat souscrit auprès du même prêteur alors que le remboursement du 1<sup>er</sup> était respecté (même solution TI de Rennes du 08/08/2000).

Le contentieux pour des clauses de résiliation en cas d'inexactitude des renseignements confidentiels fourni par l'emprunteur a été abondant : déjà dans son avis du 24 février 2005 relatif aux comptes permanents, la CCA considérait que si le prononcé de la résiliation peut apparaître justifié lorsque les renseignements fournis, et apparus inexacts, sont de nature à permettre au souscripteur d'apprécier le risque de défaillance de l'emprunteur, *il en va différemment lorsque les renseignements en cause ne concourent pas à une telle appréciation ; qu'en pareil cas, la clause crée un déséquilibre significatif au détriment de l'emprunteur, en ce que celui-ci peut se voir proposer la résiliation de plein droit du contrat pour l'inexactitude d'un renseignement dont le caractère substantiel n'est pas clairement défini.*

Pour une clause dans un contrat de crédit renouvelable prévoyant que le défaut de protestation contre les opérations détaillées du relevé périodique dans les 30 jours de la réception du relevé vaut ratification de celles-ci, le tribunal d'instance de Paris 8<sup>ème</sup> considérait la clause comme non abusive dans un jugement du 13/07/2007 au motif qu'il appartient à l'emprunteur de vérifier les écritures passées au fur et à mesure de la réception du relevé et que le délai pour opposition de 30 jours suffisamment long n'est pas abusif ; même solution dans un jugement du TI de Rennes du 08/08/2000 au visa de l'article 1315 du Code Civil.

Fut encore jugée comme non abusive une clause de révision du taux d'un contrat de crédit renouvelable prévoyant la possibilité pour l'emprunteur moyennant un préavis d'un mois de ne pas accepter de nouveau taux : clause non abusive selon un autre jugement du TI de Rennes du 08/08/2000 (clause dite de « *révision négociée du taux* » mise en place après échanges avec Me Bergès, avocat, bien connu de la CCA).

Plusieurs tribunaux (TI Paris 07/03/2002, TI Rennes 25/06/2002 et 07/04/2003, TI Roubaix 16/10/2003, TI Rennes 26/02/2007) ont considéré que la clause prévoyant un délai de préavis de 2 mois pour un remboursement total ou partiel par anticipation et le cas échéant, par courrier recommandé, était abusive car le délai imposé à l'emprunteur a pour effet de faire courir les intérêts, ce qui aggrave objectivement la situation de l'emprunteur : a contrario dans une décision du 04/09/2002, le tribunal d'instance de Saint Lô jugeait cette clause non abusive la justifiant par des impératifs techniques (dans le même sens, réponse ministérielle du 11 décembre 2000 etc.).

Cette liste n'est évidemment pas exhaustive mais il apparaît que, pour une même clause, les tribunaux n'adoptent pas toujours une position identique : en réalité, il semblerait que ceux-ci tiennent compte, s'agissant souvent de clauses que l'on pourrait qualifier aujourd'hui de « *grises* », des justifications apportées par les professionnels au soutien du caractère non abusif de la clause litigieuse et en se référant au moment de la conclusion du contrat à toutes les circonstances qui entourent celle-ci, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat.

## **I-2 LES CONSEQUENCES DE LA PROBABLE DISPARITION DU REFERENTIEL/ETALON DES MODELES TYPE DE CONTRATS DE CREDITS APRES L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA NOUVELLE LOI SUR LE CREDIT A LA CONSOMMATION**

Par rapport à ce contexte judiciaire qui prend non seulement comme référence les dispositions du Code de la Consommation en matière de clauses abusives mais surtout, s'agissant de contrats réglementés, ce que prévoient les modèles types réglementaires (il en existe un pour chaque type de crédit), **l'évolution de la loi sur le crédit à la consommation qui va introduire un profond bouleversement par rapport à la loi de 1978 pourrait cependant supprimer la référence aux modèles types :**

**En effet, le projet de loi LAGARDE**, en son état actuel, ne paraît pas maintenir le principe de contrats de crédit dont la rédaction est réglementée : faut-il ou non le regretter ? En effet, si ce cadre juridique permettait certainement au consommateur de mieux comparer les contrats avant de s'engager, le projet de loi semble privilégier l'information précontractuelle de l'emprunteur par la fourniture d'informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences d'appréhender clairement l'étendue de son engagement, selon une liste et un contenu des informations devant figurer dans la fiche d'informations à fournir pour chaque offre de crédit ainsi que les conditions de sa présentation, le prêteur devant en outre fournir à l'emprunteur, sans frais s'il est disposé à lui consentir un crédit, un exemplaire de l'offre de contrat ainsi que les conditions de formation du contrat, puisque le prêteur est tenu d'un devoir d'explications permettant à l'emprunteur de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ce choix et à sa situation financière par un exposé des caractéristiques essentielles du crédit proposé.

La Directive a d'ailleurs prévu que la fiche d'informations fournie sur support papier ou durable devra respecter le modèle d'informations européennes en matière de crédit aux consommateurs.

En tout état de cause, s'agissant du contrat lui-même, on peut penser qu'à défaut d'une normalisation par recours à des modèles type, celui-ci sera soumis aux règles ordinaires relatives aux clauses abusives de l'article L.132-1 du Code de la Consommation.

Et c'est donc ici que les travaux de la Commission des Clauses Abusives qui émet des Recommandations et des Avis qui font référence du fait de sa composition originale et pluraliste, et de la qualité de ses travaux, trouvent et trouveront toute leur importance puisqu'elles sont susceptibles d'influencer le comportement des professionnels et de conduire l'appréciation du caractère abusif de la clause par les juges, lesquels peuvent d'ailleurs solliciter son Avis : la CCA est donc source de droit même si le juge n'est pas lié par son Avis ; elle est également source de droit pour les professionnels.

J'en profiterai pour saluer ici le travail réalisé sous l'autorité de son Secrétaire Général Monsieur Jean-Marc Granier, ayant eu l'occasion de participer à ses travaux au cours de deux mandats de 2002 à 2008.

## **II La prise en considération par le professionnel comme « source de droit » des travaux de la Commission des Clauses Abusives**

### **II-1 LES APPORTS DU COLLOQUE DU 30<sup>ème</sup> ANNIVERSAIRE DE LA COMMISSION DE CLAUSES ABUSIVES**

#### **II-1-A La détermination par la Commission des Clauses Abusives des limites de celles-ci dans ses Recommandations et Avis, leur source d'inspiration pour le Juge et pour le professionnel et la difficulté récurrente de définir a priori le caractère abusif d'une clause contractuelle :**

Lors du Colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30<sup>ème</sup> anniversaire », Monsieur Laurent LEVENEUR, Professeur agrégé à l'Université Panthéon-Assas rappelait en préambule de son intervention le texte de l'article 6 du Code Civil :

*« On ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'Ordre public. »*

Tout en soulignant la difficulté de la tâche dont les limites avaient été tracées par PORTALIS dans son « *Discours préliminaire* » : « *C'est précisément lorsqu'il s'agit de fixer ces limites que les difficultés naissent de toutes parts... car il est des choses sur lesquelles la question de justice se complique avec d'autres questions... ainsi, c'est dans nos connaissances acquises sur l'Agriculture que nous devons chercher la justice ou l'injustice, l'utilité ou le danger de certaines clauses... stipulées dans les baux à ferme. Ce sont nos connaissances commerciales qui ont terminé nos interminables discussions sur le prêt à intérêt* »

Et pour souligner que, en instaurant une Commission des Clauses Abusives, composées de connaisseurs des réalités pratiques et juridiques, le Législateur a chargé celle-ci d'éclairer le Gouvernement dans la tâche de définir par décret les types de clauses qui doivent être regardées comme abusives, rappelant les nombreuses recommandations émises par la Commission mais constatant qu'avant le décret du 18 mars 2009 aucune recommandation n'avait eu un prolongement réglementaire.

Il remarquait que si les recommandations de la Commission des Clauses Abusives ne pouvaient recevoir la qualification de source formelle du Droit – n'étant pas des règles de droit (Cour de Cassation 1<sup>ère</sup> Chambre Civile 13 novembre 1996 et 8 novembre 2007, Conseil d'Etat 16 janvier 2006) – il arrivait en revanche que « *la qualité de source réelle du droit puisse parfois leur être reconnue* », notamment parce que le Gouvernement doit recueillir son avis avant que celui-ci n'édicte des décrets et notamment ceux interdisant les clauses « *noires* » ou posant des présomptions d'abus sur les clauses « *grises* ».

Il notait surtout que la Commission, par ses travaux, inspirait le Législateur.

Et que les recommandations de la CCA étaient souvent une source d'inspiration pour le Juge bien que ce phénomène n'ait pas été prévu par les textes car ici non plus ces recommandations ne s'imposent pas au Juge.

De ces phénomènes il tirait les conséquences qu'il est assez fréquent que les professionnels tiennent spontanément compte des recommandations de la Commission dans leurs modèles de contrats « *car si, par la suite d'une action en suppression de clauses abusives intentées contre eux* », à défaut de le faire « *ils partiront avec un sérieux handicap à surmonter : l'Association de Consommateurs aura beau jeu de s'appuyer sur la recommandation ; il faudra au professionnel tenter de convaincre le Juge de ne pas le faire* ».

Nous ne pouvons que partager cette éminente opinion tant il est vrai que nous l'avons vécue et c'est la raison pour laquelle, notre règle d'obéissance, ne serait-ce que par prudence, à toutes les sources du Droit, nous conduit quotidiennement à appliquer l'interprétation la plus stricte des textes, et en

particulier de tenir compte des recommandations applicables à notre secteur d'activité, tant au regard de la conformité aux modèles type, que de celles concernant les clauses abusives et enfin, lorsqu'elles nous paraissent fondées, les décisions des Juges d'Instance en la matière, ce qui est le cas la plupart du temps, rappelant que les Juges d'Instance écoutent positivement très souvent nos moyens de défense et y font droit, car malheureusement nous devons constater que trop fréquemment certaines associations de consommateurs font preuve d'un extrémisme qui confine parfois aussi à l'abus en qualifiant d'abusives des clauses qui ne le sont pas.

De même, nous partagerons son autre invitation tendant à ouvrir le recours en annulation de recommandations pour excès de pouvoir que n'admet pas actuellement le Conseil d'Etat : il est parfaitement exact que si ce recours en annulation était ouvert « *la vigilance des milieux professionnels intéressés pour contester tel ou tel aspect d'une recommandation à leurs yeux injustifié* » serait d'autant plus forte, cette force s'attachant parallèlement à ce qui aurait résisté au contrôle du juge administratif, et alors que, comme nous le verrons dans certains cas, les juridictions administratives peuvent être appelées à se prononcer lorsque des associations de consommateurs demandent – et ceci constitue déjà une position difficilement admissible de leur part – à ce que soient déclarées comme abusives par exemple telle clause d'une offre préalable de crédit qui reproduit strictement le texte d'un modèle type réglementaire au motif que le règlement prévoirait une disposition obligatoire qui, selon ces associations, ou plus souvent peut-on penser leurs avocats, y voit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties :

En effet, si une association entend mettre en cause la conformité d'un modèle type prévu par un arrêté ministériel, le tribunal d'instance doit surseoir à statuer afin que la juridiction administrative se prononce sur la légalité du règlement (actuellement l'arrêté du 14 mai 2007) qui constitue une application précise de la loi en vigueur.

Enfin, nous partageons également la 3<sup>ème</sup> proposition de Monsieur le Professeur LEVENEUR selon laquelle la Commission des Clauses Abusives se fonde sur l'interprétation de textes législatifs obscurs - et surtout dans cette époque d'inflation législative - pour contester des clauses stipulées dans le cadre du simple exercice de la liberté contractuelle, et comme il l'écrivait, « *Bien malin aujourd'hui qui peut dire à l'avance à coup sûr si telle ou telle clause sera ou non dite abusive par un juge saisi d'un litige sur ce point... C'est l'insécurité juridique inhérente à toute intervention du juge en matière contractuelle* ».

Ainsi si l'office du juge, consacré par la CJCE et par la loi (articles 48 et 93 du Code de Procédure Civile), lui fait un devoir de relever le caractère abusif d'une clause (arrêt Oceano Grupo 27 juin 2000, arrêt Cofidis 21 novembre 2002, arrêt Mostasa Claro 26 octobre 2006, arrêt Rampion 04 octobre 2007, arrêt Pannom 04 juin 2009 et arrêt Asturcom 06 octobre 2009), force est de constater que le caractère abusif d'une clause n'est pas toujours évident pour un professionnel qui doit prendre en compte, lorsqu'il rédige des contrats, des situations d'abus qu'il a constatées précédemment dans l'exercice de son métier de la part de consommateurs et dont il estime nécessaire de préserver son entreprise et souvent pour la simple raison que le comportement abusif de certains consommateurs, parfaitement informés de leurs obligations, est susceptible de se généraliser.

## **II-1-B L'attachement du professionnel au principe de la liberté contractuelle tempéré par l'espace de dialogue de la Commissions des Clauses Abusives**

Lors du même colloque, Monsieur Eric JOURDE, Délégué Général de la Fédération des Industries Electriques, Electroniques et de Communications, Président du Groupe 'Droit de la Consommation' du MEDEF, insistait sur le fait que « *Le professionnel est attaché au principe de la liberté contractuelle qui reste un principe fondamental dans les relations commerciales* », ajoutant « *Pour le professionnel, la question de la protection du consommateur s'intègre dans une logique de satisfaction du consommateur. La notion de « protection » du consommateur présuppose un*

***rapport de domination. Or, la perception du consommateur par le professionnel est toute autre : le respect et la satisfaction du consommateur restent notre préoccupation principale ».***

Il insistait avec raison sur la nécessité « *aujourd'hui de rompre avec une logique de conflits souvent stériles ou dogmatiques et parfois non justifiés. Au contraire, l'enjeu est de s'engager vers une approche partenariale pour dialoguer et travailler de concert à une meilleure élaboration et application des règles* », ce qui passe selon lui par l'abandon de la culture du « *tout juridictionnel* » afin d'éviter une judiciarisation de notre société, donc en passant « *d'une logique réparation / sanction à une logique de prévention / discussion avec l'engagement de l'ensemble des parties prenantes* », invitant alors à s'inspirer de la CCA, de ses travaux et de ses modalités de fonctionnement.

Prônant la médiation, l'établissement de passerelles de dialogue, d'espaces d'échanges entre les secteurs professionnels et les associations de consommateurs, il ajoutait qu'il était « *aujourd'hui important de donner une dimension européenne à notre réflexion, pour intégrer une autre vision de la protection du consommateur, qui laisserait place aux interprétations, aux bonnes pratiques et aux discussions* ».

Nous partageons totalement ce point de vue et aspirons également à ce que le rôle futur de la Commission des Clauses Abusives s'exerce dans cette perspective plutôt que sous la forme punitive et répressive.

Ceci est d'autant plus important que demain les contrats de crédit à la consommation ne devraient plus être spécialement réglementés par l'obligation de reproduire strictement telle ou telle clause. Le prêteur, dans les limites fixées par la loi, sera vraisemblablement plus libre dans la rédaction des clauses, mais il s'agira d'une liberté fondée sur sa responsabilisation et celle de l'emprunteur.

Récemment, certains auteurs ont pu écrire dans le cadre d'une lecture fautive de la loi et de ses textes d'application que les offres préalables de crédit devaient uniquement contenir les clauses prévues par les modèles type réglementaires et donc en excluant toute autre clause : cette position n'est pas compatible avec la liberté contractuelle dès lors que la clause ajoutée n'est pas contraire à la loi.

En revanche, les travaux de la Commission des Clauses Abusives peuvent inspirer toute rédaction d'une clause particulière.

### **II-1-C Le crédit « responsable » suppose que chaque partie au contrat s'impose des obligations, règle qui doit aboutir à des contrats dont la validité ne serait plus contestée**

Abandonnons cette culture du postulat de la culpabilité présumée du professionnel et du statut de victime du consommateur : aujourd'hui, le consommateur est surprotégé, considéré par définition comme devant être assisté. Parallèlement, l'hyper réglementation de la plupart des contrats de consommation devrait le conduire à contracter prudemment, ne serait-ce qu'en lisant ce que le législateur mais aussi les professionnels l'invitent à lire avant de signer.

Certes, avec la réforme de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 04 août 2008, parallèlement à l'action de la CCA, les Services de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), dans le cadre des dispositions de l'article L 141-1-V et VI peuvent également enjoindre aux professionnels, en leur impartissant un délai raisonnable, de supprimer toutes clauses ou agissements illicites mais aussi demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur, l'entreprise ayant la possibilité de former, dans un délai de 2 mois à compter de la signification de l'injonction, un recours gracieux puis, s'il était rejeté, de former un

recours juridictionnel auprès du tribunal administratif ou contester la légalité d'une injonction devant le tribunal administratif : cette procédure présentant le mérite d'échanges contradictoires, il convient d'espérer que l'Administration examinera les arguments présentés par le professionnel en tenant compte de ses arguments et de la spécificité du produit ou du service offert à la vente.

Or, la commercialisation de services financiers, très encadrée, d'abord par les Autorités de tutelle, ensuite par des lois spéciales qui dérogent de manière importante au droit commun des contrats, nécessite bien évidemment que le professionnel distributeur de crédit le fasse de manière responsable mais réciproquement que le demandeur de crédit se comporte de manière responsable :

Le projet de loi sur le crédit à la consommation dont l'entrée en vigueur est prévue en principe au plus tard le 12 juin 2010, sous réserve de la publication de ses décrets d'application, prévoit d'ailleurs un dispositif tendant à développer un crédit plus responsable, le Gouvernement étant soucieux d'améliorer l'information de l'emprunteur pour lui permettre de souscrire un crédit en étant conscient de l'étendue de son engagement, ce qui passe par un renforcement de la responsabilité des prêteurs mais également par un renforcement de la responsabilité des emprunteurs qui devront fournir à l'établissement de crédit tous éléments permettant d'évaluer réellement leur solvabilité à partir d'un nombre suffisant d'informations : le devoir de mise en garde qui pèse sur le banquier n'a pas de sens si réciproquement l'emprunteur ne respecte pas son devoir de déclarations loyales sur son endettement.

C'est dans ce contexte que les futurs contrats de crédit, puisqu'il s'agit de ceux que nous élaborons, pourront ainsi plus facilement limiter l'ajout de clauses particulières dont l'objet était précisément de préserver nos établissements et leur clientèle, de comportements ou de situations qu'il fallait malheureusement prendre en considération.

**Toutefois, par rapport à l'état du droit actuel, lorsque la transposition de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs sera effectuée, on peut penser que l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle se fera tout autrement.**

### **III L'IMPACT DE LA TRANSPOSITION DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL RELATIVE AUX DROITS DES CONSOMMATEURS DU 8 OCTOBRE 2008**

#### **III-1 UN IMPACT DIRECT SUR LES LISTES DE CLAUSES DEVANT ETRE REGARDEES DE MANIERE IRREFRAGABLE COMME ABUSIVES OU DEVANT ETRE PRESUMEEES COMME ABUSIVES AU SENS DES ARTICLES R132-1 ET R132-2 DU CODE DE LA CONSOMMATION**

Dans son préambule, la Directive 93/13 du 05 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs rappelait que « *Les dispositions législatives ou réglementaires des Etats membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrat avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives ; que, par conséquent, il ne s'avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives* ».

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle j'indiquais précédemment que ne paraissent pas recevables les actions en suppression de clauses abusives introduites par certaines associations de consommateurs visant des clauses de contrats de crédit imposées soit par la loi, soit par les modèles type réglementaires.

Très récemment, dans leur commentaire de l'arrêt Asturcom Telecomunicaciones du 06 octobre 2009 affaire C-40/08 prononcé par la CJCE, **Monsieur Ghislain POISSONNIER, Magistrat, et Monsieur Jean-Philippe TRICOIT, Maître de Conférences à l'Université d'Angers** (Gazette du Palais, n°s 48 et 49 des 17 et 18 février 2010 « *Devoir du juge à l'égard d'une clause compromissaire*

*abusive* »), rappelant que l'annexe indicative de la directive du 05 avril 1993 indiquant expressément en son point (q) que peuvent être déclarées abusives les dispositions contractuelles ayant pour objet ou pour effet « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales* », faisaient valoir que « *au regard de ce texte, qui sera refondu avec d'autres conformément à la proposition de directive du 08 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs – le juge national peut être amené à apprécier le caractère éventuellement abusif de la clause compromissaire et, dans l'affirmative, appliquer la sanction prévue par la réglementation interne. Seule une analyse au cas par cas de la clause peut confirmer la présomption d'irrégularité et il appartient au juge national de caractériser le caractère abusif en explicitant en quoi la clause crée « au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* », soulignant le paradoxe à ce que d'un côté, selon l'article 2061 du Code Civil d'ordre public, celui-ci ne reconnaît pas la licéité de la clause compromissaire insérée dans un contrat interne de consommation et que, d'un autre, le Code de la Consommation « *considère que le caractère abusif de cette clause n'est pas absolue puisqu'il doit être démontré conformément aux dispositions de son article L 132-1* ».

Ils ajoutaient « *En tout état de cause, le pouvoir réglementaire français risque d'être désavoué par le droit communautaire, car la proposition de directive du 08 octobre 2008 classe expressément les clauses compromissaires parmi les clauses contractuelles réputées abusives en toutes circonstances... Une modification des listes des articles R 132-1 et R 132-2 du Code de la Consommation semble manifestement nécessaire* ».

### **III-2 L'AMBIGUITE DU CONCEPT « D'HARMONISATION TOTALE » VA PLACER LES ETATS MEMBRES AINSI QUE LES PROFESSIONNELS DEVANT DES INCERTITUDES**

#### **III-2-A Le concept d'harmonisation totale ne permettrait plus de maintenir ou d'introduire des mesures de protection des consommateurs plus strictes que celles établies par la directive**

S'agissant de l'impact de l'harmonisation complète sur le droit national contenu dans cette proposition de directive, on pourrait penser que la division de compétences entre les juridictions nationales et la CJCE restera la même, la CJCE n'étant pas appelé à statuer sur les clauses individuelles (arrêt C 237/02 *Freiburger Kommunalbauten*) mais les Etats membres garderont la possibilité de réglementer les clauses abusives dans les contrats négociés individuellement ; ou encore que les recommandations de la Commission des Clauses Abusives resteront valables ainsi que la jurisprudence nationale.

Mais en réalité, comme l'expliquait Monsieur Gösta PETRI, Direction Générale de la Santé et des Consommateurs à la Commission Européenne, lors de son intervention au cours du colloque du 30<sup>ème</sup> anniversaire de la CCA, « *les Etats membres devront abroger toute liste « grise ou noire » en conflit avec les listes de la Directive* ».

Rappelons que la proposition de directive relative aux droits des consommateurs rassemble dans un seul texte les 4 directives sur l'acquis communautaire en vue de « *l'harmonisation totale* », de la protection des consommateurs.

L'on rencontre ici l'ambiguïté du concept « d'harmonisation totale » car soit celle-ci rejettera l'application des dispositions nationales pouvant empiéter sur le domaine des règles harmonisées, conformément à l'inspiration économique de la Proposition, soit elle n'impactera que les lois nationales de transposition de la Proposition, sans préjudice du contrôle des clauses abusives ou des droits de l'acheteur.

En effet, les directives du 05 avril 1993 sur les clauses abusives et du 25 mai 1999 (n° 1999/44/CE) sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ont imposé des obligations « *minimales* » selon lesquelles les Etats membres peuvent maintenir ou introduire des mesures de protection des consommateurs **plus strictes que celles établies par les directives elles-mêmes** et (s'ils le souhaitent) modifier la réglementation nationale ou simplement leur superposer une nouvelle réglementation en vue de sa mise en conformité.

En revanche, la proposition de directive relative aux droits des consommateurs d'octobre 2008 **s'écartere de ce principe d'harmonisation minimale pour imposer, au contraire, et de manière générale, une approche « d'harmonisation complète » des réglementations en matière de protection**, même si elle admet que les Etats membres puissent régler certains aspects de ces dispositions dans ses articles 18 (2) et 21 (1).

### **III-2-B L'exemple de l'application par la CJCE de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales**

On retrouve ainsi le principe de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, plus ou moins bien transposée en droit français par les lois du 03 janvier 2008 et du 04 août 2008 ; ou encore dans la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, en particulier.

Mais la Proposition a une portée beaucoup plus large puisqu'elle couvre les contrats à distance, les ventes aux consommateurs, le démarchage à domicile, les clauses abusives et fixe des règles en matière d'information précontractuelle.

A ce propos, l'on ne peut s'empêcher de rappeler, puisqu'il s'agit d'une harmonisation maximale, l'arrêt Total Belgium et autres de la CJCE du 23 avril 2009 et plus particulièrement les considérants suivants :

*« Les Etats membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs (Considérant 52) et qu'il y a lieu de relever que l'article 5 de la directive prévoit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et énonce les critères permettant de déterminer un tel caractère déloyal (Considérant 53), qu'ainsi conformément au § 2 de cette disposition, une pratique commerciale et déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit (Considérant 54) ».*

*« Qu'à cet égard, force est de constater que, en établissant une présomption d'illégalité (de ces offres), une réglementation nationale... ne répond pas aux exigences posées par la directive... qu'en opérant de la sorte, une règle du type de celles qui existent (pour les ventes avec prime ou pour les ventes liées) se heurte au contenu de l'article 4 de la directive qui interdit expressément aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des mesures nationales plus restrictives, même lorsque de telles mesures visent à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs (Considérant 63) ».*

### **III-2-C Clauses abusives et atteinte substantielle aux droits des consommateurs**

A cet égard d'ailleurs, et bien que la directive sur les pratiques commerciales déloyales de 2005 n'ait pas pour objet direct d'intervenir dans les contrats de consommation, ses considérants établissent un éclairage peut-être plus clair et pragmatique sur certaines pratiques commerciales déloyales dans le cadre des relations contractuelles avec les consommateurs.

**Il nous semble qu'une clause est véritablement abusive lorsqu'elle met en évidence une pratique contractuelle déloyale parce que précisément elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties :**

**En effet, en considération des dispositions de l'article 5 de la Directive, qui définit les pratiques commerciales déloyales comme celles qui :**

- a) sont contraires aux exigences de la diligence professionnelle » (celle-ci étant définie comme « le niveau de compétence spécialisée et de soin dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son activité »).*
- b) qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elles touchent ou auquel elles s'adressent, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs» (l'altération substantielle du comportement économique du consommateur étant définie comme « l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »).*

**Une clause véritablement abusive correspond bien à une clause qui ne répond pas au principe général de bonne foi du professionnel et qui peut altérer gravement les droits du consommateur en raison d'une atteinte substantielle à ceux-ci dès lors qu'il ne peut pas accepter le contrat qu'on lui propose sans adhérer à une stipulation qui peut lui causer un préjudice.**

### **III-2-D Le système tripartite de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs aurait pour objectif de contribuer à un meilleur fonctionnement du Marché intérieur et à offrir des solutions**

**La directive de 1993 établit une liste de clauses qui peuvent être déclarées abusives par les tribunaux, dont le caractère est indicatif et non exhaustif (article 3).**

Au contraire, la Proposition fixe dans son annexe II une liste relativement courte de clauses « réputées abusives » et toujours interdites dans les contrats de consommation (article 34 de l'annexe 2 sur les clauses noires) ainsi que dans son annexe 3 une liste des clauses « *présumées abusives* » sauf preuve contraire apportée par le professionnel. Et enfin une catégorie résiduelle de clauses soumises au test général de l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles.

Ce système tripartite a pour objectif d'offrir une solution claire pour les professionnels et les consommateurs et destinée à contribuer à un meilleur fonctionnement du marché intérieur.

Si la France fait peser sur le consommateur la charge de la preuve du caractère abusif de la clause dans son article L 132-1, s'agissant d'une présomption simple, la preuve de leur caractère non abusif pouvant être apportée par le professionnel, contrairement au régime antérieur, de l'avis de la Commission Européenne, l'appréciation du caractère abusif d'une clause n'est pas une question d'objet de la preuve parce qu'elle résulte de l'évaluation en droit d'une clause contractuelle et relève par conséquent de la compétence des tribunaux.

Se pose ensuite la question de l'impact de l'harmonisation complète : il n'est pas certain que la CJCE donne son plein effet à ce principe mais qu'elle puisse limiter celui-ci au contraire à la législation nationale ayant transposé le système de la Proposition.

La question reste ouverte et, sur ce point, l'on renverra à la chronique du Professeur Simon WHITTAKER de l'Université d'Oxford publiée notamment dans le recueil Dalloz 2009 n°17 après qu'elle ait été présentée à la conférence « Quelle protection pour le consommateur européen ? Enjeux et perspectives » organisée par la présidence française de l'Union européenne les 04 et 05 décembre 2008.

Toutefois, cette Proposition a le mérite de constituer une synthèse entre les différentes directives concurrentes dont la transposition dans les droits nationaux a pu aboutir à des incertitudes particulièrement inquiétantes pour les professionnels soumis à de nombreuses autres règles communautaires destinées à faciliter l'exercice de la concurrence loyale dans un marché européen unique ; et à restaurer a priori plus de liberté contractuelle, sous réserve que les règles impératives communes soient respectées par tous dans l'intérêt des consommateurs.

**Il n'en demeure pas moins qu'il peut en résulter un risque plus important de judiciarisation du contentieux des contrats de sorte que l'on doit espérer, comme le souhaitait Monsieur Eric JOURDE, la mise en place d'une logique partenariale et de confiance, conformément au rapport remis par Monsieur Luc CHATEL au Premier ministre en 2003 dont l'objectif était clair « de la conso méfiance à la conso confiance ».**

**Dans ce contexte particulièrement mouvant et flou, le professionnel dont la volonté est de viser à la sécurisation de ses contrats peut donc avoir des raisons de s'inquiéter.**

**Comme cette inquiétude est très probablement partagée par les consommateurs et les associations représentatives qui défendent leurs intérêts, je pense donc que la France qui a su créer une institution précieuse, la Commission des Clauses Abusives, devra s'attacher à doter celle-ci de plus grands moyens afin qu'elle puisse non seulement continuer à éclairer, par sa sagesse, les différents acteurs mais aussi à devenir de plus en plus une Autorité de conseil :**

Voici deux ans, pour une autre activité qui intéresse autant les professionnels que les consommateurs – la publicité -, l'on a su donner à une association, le BVP, devenue l'ARPP, l'autorité et les moyens nécessaires à une meilleure régulation de la communication publicitaire, et l'efficacité de celle-ci est très généralement reconnue : il serait probablement intéressant de s'inspirer de ce modèle d'auto-discipline puisque l'ARPP émet également des recommandations mais dispose de moyens importants pour les faire respecter.

En France, rien de tel aujourd'hui dans le domaine contractuel. La Commission des Clauses Abusives a un rôle limité : certes elle éclaire par sa sagesse les différents acteurs mais ne constitue pas règlementairement une autorité de conseil, notamment envers les professionnels.

## **IV CONCLUSION**

### **IV-1 LE CREDIT UNE ACTIVITE TRES REGLEMENTEE : CONTEXTE ET ACTUALITE**

#### **IV-1-A Contexte général**

- Outre tous les codes applicables à la vie de l'entreprise,
- Règlements relatifs à l'activité bancaire et financière CCLRF (ex CRBF)
- Instructions ACP (ex Commission Bancaire)

Dans ce cadre, respect de Bâle II, anti-blanchiment, 97-02 ...

#### **IV-1-B Contexte clauses abusives**

- Modèles types : Annexe Décret 78-509 d'application de la loi 78-22 du 10.01.1978.
- M.à.j. arrêté du 14.05.2007 (art. R. 311-6)
- Position 1ère ch.civ. C. de Cass., confirmé avis CCA 24.02.2005 : pas d'appréciation possible du caractère abusif de la clause elle-même

#### IV-1-C Actualité

- La LCC, loi de transposition enrichie de la DCC directive européenne crédit aux consommateurs, semble ne plus prévoir l'usage de modèles types. (art. L.311-8 du Code de la Consommation)

#### IV-2 CCA ET CLAUSES ABUSIVES

##### IV-2-A Perspectives France

- la CCA : une autorité reconnue. Mais l'idée de saisine préventive n'a pas à ce jour utilement pu prospérer
- par arrêt du 14 mai 1991, la Cour de Cassation autorisait le juge à déclarer abusive une clause non interdite par décret
- des clauses peuvent être réputées non écrites en cas de déséquilibre significatif au détriment du consommateur
- décret du 18 mars 2009 établissant une liste « noire » et une liste « grise » des clauses abusives
- On parle donc aujourd'hui de clauses noires, grises, ou « blanches », c'est-à-dire ne figurant sur aucune liste, mais pouvant dans un contexte donné être relevées par le juge.

##### IV-2-B Perspectives UE

- une inquiétude perçait chez certains il y a 1 an jour pour jour pour les 30 ans de la CCA
  - quel sort pour les dispositifs actuels avec le projet de directive 'droits des consommateurs', et l'harmonisation maximale ?
  - en France, interventions hostiles à l'harmonisation totale, qui diminuerait le niveau de protection national du consommateur Sénat 31 .03.2009 et Assemblée Nationale 25.11.2009
  - L'harmonisation maximale est préférée dans l'UE sauf pour des textes concernant le consommateur, afin d'éviter un recul de la protection dont il bénéficie.
- Si le débat continue, l'inquiétude y relative semble donc désormais dissipée.

#### IV-3 CLAUSES ABUSIVES : UN ASPECT DE LA DEFENSE DU CONSOMMATEUR

Chacune de ces entités exerce des missions de contrôle sur nos domaines d'activité



- Recommandations
- Avis contrat



- Formalisme des offres préalables de crédit
- Publicité
- Méthodes de vente
- Affichage et taux



- Protection vie privée et liberté
- Vérification du respect de l'information du consommateur relative aux données personnelles
- Information renforcée PPL « mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique »

## Associations de consommateurs

## L'Autorité de Contrôle Prudentiel

*Fusion commission bancaire, ACAM, CEA, CECEI*

- Réclamations discriminations
- Utilisation de critères objectifs dans l'octroi de crédit
- 18 associations agréées
- Défense du consommateur (actions en justice)
- Contrôle renforcé de la commercialisation des produits financiers

- Chacune de ces institutions participe d'une œuvre commune
- Multitude de partenariats, chartes, protocoles de traitement amiable des réclamations, développés entre les administrations, les entreprises, les associations, les partenaires sociaux et les services de la justice
- Le domaine des contrats et des clauses abusives ne fait pas exception
- Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP)

### Contrôle étendu de la commercialisation

*Livre I C. Conso : information des consommateurs et formation des contrats*

- Information par la publicité
- Information précontractuelle de l'emprunteur
- Information contractuelle
- Formation des vendeurs

En direct ou avec le concours de « corps de contrôle extérieurs » (ex.: DGCCRF)

#### IV-4 UN CHANGEMENT DE CULTURE NECESSAIRE

- Il faut passer de la logique réparation/sanction à la logique de prévention/discussion, avec des engagements équilibrés de chaque partie
- Le préalable est le renforcement de la confiance du consommateur : en ce sens, l'initiative du MEDEF de guide pratique sur les clauses abusives, présenté le 19 mars aux rencontres « parlons consommation », organisées par la commission consommation.
- Nous trouverons même que le florilège de nouveaux textes, s'il y conduit, est positif : il conviendra tout de même que ce mouvement ait une fin, et que l'on pense ensuite et rapidement simplification et lisibilité.
- La voie judiciaire sans doute nécessaire dans certains cas devant rester l'exception

Il s'agit là encore de s'engager vers une approche partenariale de dialogue, d'élaboration et d'application de règles de bonne conduite afin d'instaurer la confiance entre deux partenaires qui ne devraient idéalement jamais s'opposer : le professionnel et son client.

# POURQUOI PRIVILEGIER LE TERRAIN JUDICIAIRE ?

## La pratique de l'UFC Que Choisir ?

**Gaëlle PATETTA**  
*Directrice du service juridique*

Nous constatons depuis plusieurs années une évolution de la relation consommateur-professionnel, avec un développement important des contrats de longue durée, des contrats d'abonnement (téléphonie mobile, accès à Internet).

Dans le cadre de ces contrats, les consommateurs se retrouvent captifs pendant une certaine période (périodes initiales d'abonnement plus ou moins longues) sans possibilité de résiliation, tout du moins jusqu'à certaines décisions que nous avons obtenues des tribunaux (motifs légitimes de résiliation) et confirmées ensuite par les recommandations de la Commission des Clauses Abusives.

Il est dès lors d'autant plus important que ces contrats soient exempts de clauses abusives qui viendraient encore plus déséquilibrer la relation du consommateur captif avec le professionnel. Nous considérons que le droit des clauses abusives est un instrument indispensable d'assainissement des contrats et donc des pratiques des professionnels. Notre association l'utilise fréquemment.

Notre association privilégie depuis toujours la voie judiciaire dans ce domaine plutôt que la saisine de la CCA.

Nous avons ainsi engagé, depuis 1981, plus de 80 procédures dans des domaines très diversifiés, dont pour les plus récentes ceux des nouvelles technologies (Internet et téléphonie mobile). Cette action est relayée sur le terrain par certaines de nos associations locales.

A titre d'exemple nous pouvons citer les dernières actions engagées en 2010. Nous avons assigné quatre sociétés (Orange, SFR, Bouygues Télécom et Kadéos) qui commercialisent des cartes prépayées (3 opérateurs de téléphonie mobile) et des chèques ou coffrets cadeaux, dont la durée de validité est inférieure aux délais de prescription d'un an pour les prestations de communications électroniques (article L 34-2 du code des postes et des communications électroniques) et de 5 ans en matière de responsabilité contractuelle. Nous considérons que les clauses des conditions générales d'utilisation correspondantes prévoyant ces durées de validité limitées sont des clauses abusives. Nous souhaitons, par cette action, faire établir une jurisprudence reconnaissant comme abusives les clauses contraires aux règles de la prescription.

### **Pourquoi le choix de la voie judiciaire ?**

*La Commission des Clauses Abusives joue un rôle de contrôle et d'assainissement des contrats indéniable. Mais le pouvoir de cette commission est parcellaire.*

Les recommandations de la Commission des Clauses Abusives peuvent servir de base de référence, mais ne sont pas directement contraignantes pour les professionnels. Ainsi la recommandation du 26 septembre 2002 sur les contrats d'accès à Internet n'a pas été appliquée par les FAI de manière publique. Nous avons dû engager des procédures pour faire modifier les contrats.

La Commission des Clauses Abusives, de par sa composition, aboutit souvent à des recommandations de compromis. Les recommandations sont en effet élaborées entre représentants des professionnels et consommateurs ce qui conduit selon nous à une certaine frilosité.

Ainsi, les décisions que nous obtenons des tribunaux vont plus loin que les recommandations. Les tribunaux ont considéré que les prestataires de service étaient tenus à une obligation de résultat alors que les recommandations indiquaient qu'il ne fallait pas limiter toutes les obligations des professionnels à de simples obligations de moyen.

La Commission des Clauses Abusives met enfin beaucoup de temps avant de finaliser ses recommandations. Ce délai dans l'élaboration n'est pas vraiment efficace pour lutter rapidement contre les clauses abusives.

### **Pour autant la voie judiciaire n'est pas la panacée**

L'action en suppression de clauses abusives des associations est désormais très compliquée à mettre en œuvre.

Elle permet en théorie d'avoir un effet préventif et dissuasif à l'égard des professionnels. Elle a été élaborée pour prévenir la diffusion de clauses abusives par une procédure contre le modèle de contrat et pour dissuader les autres professionnels du secteur d'utiliser de telles clauses par la publicité réalisée sur la décision rendue.

En pratique cependant, il ne s'agit jamais d'une action préventive. Les professionnels ne contactent pas l'association avec leurs modèles de contrats avant diffusion. Les procédures que nous engageons durent en outre plusieurs années. Entre temps ces modèles de contrats ont été signés et lient de nombreux consommateurs.

Citons à titre d'exemple sur la longueur des procédures, la procédure engagée contre le e-commerçant C-DISCOUNT. Le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux a rendu le 11 mars 2008 une décision favorable aux consommateurs avec plus d'une dizaine de clauses reconnues abusives et illicites. Il a fallu près de cinq années de négociations et de débats judiciaires pour finalement aboutir à ce jugement.

La société Amazon a été assignée en mars 2006 en justice à l'issue de près de trois années de négociations infructueuses. Il aura fallu plus de quatre ans pour obtenir la suppression des 18 clauses posant problème (TGI de Paris 28 octobre 2008)

Dans l'action engagée contre l'opérateur de téléphonie mobile SFR, les négociations ont été entamées en 2003 et le jugement est intervenu quatre ans et demi après la première analyse du contrat par l'UFC Que Choisir (TGI de Paris 30 septembre 2008).

Une fois le tribunal saisi, nos demandes recevaient jusqu'à une date récente un accueil plutôt favorable.

Malheureusement, de récentes décisions de la Cour de cassation viennent restreindre de manière très importante les actions en suppression de clauses abusives ouvertes aux associations de consommateurs.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation considèrent en effet que lorsque le professionnel modifie en cours de procédure la version de contrat critiquée par notre association, notre demande en suppression de clauses abusives devient sans objet et ce, même si des contrats liant les consommateurs contenant ces clauses sont toujours en cours.

Depuis les arrêts du 1<sup>er</sup> février 2005 de la Cour de Cassation, la demande en suppression de clauses abusives d'une association de consommateurs est considérée sans objet et son action est jugée irrecevable lorsque les clauses litigieuses ne sont plus proposées par le professionnel avant l'introduction de l'instance, et ce, même si des contrats liant les consommateurs contenant ces clauses sont toujours en cours.

L'arrêt du 8 janvier 2009 dans la procédure engagée contre le Crédit Lyonnais concernant les clauses de la convention de compte, va encore plus loin. La Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 11 mai 2006, accepte de fonder son analyse sur les versions respectivement d'octobre et de juillet 2005 de la convention de compte et du guide tarifaire, qui ont été versés aux débats en cours d'instance.

Les juges indiquent ainsi que la Cour d'appel s'est fondée à bon droit sur la version de convention et de guide tarifaire de 2005 versée aux débats par le Crédit Lyonnais, celle-ci s'étant substituée au jour où elle statuait à celles antérieurement proposées aux consommateurs.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 février 2009 dans la procédure nous opposant à la société FREE va dans le même sens puisque les juges ont considéré que lorsque le professionnel supprime des clauses en cours d'instance, la demande de suppression de clauses, initialement recevable, devient sans objet. Les demandes d'interdiction d'usage, les mesures qui y sont liées et d'indemnisation du préjudice causé à l'intérêt collectif deviennent également sans fondement.

Cette interprétation restrictive des actions en cessation des associations de consommateurs est catastrophique puisque même si ces clauses ne se trouvent plus dans les contrats proposés aux consommateurs, celles-ci lient toujours bon nombre d'entre eux dans les contrats en cours d'exécution. De même, dès lors qu'elles ne sont pas sanctionnées, rien n'empêche les professionnels de les réintroduire dans leurs nouveaux contrats après la fin de notre action en justice.

Cette appréciation restrictive de l'action en suppression de clauses abusives ouverte aux associations de consommateurs est partagée par la Commission européenne.

Cette dernière a en effet répondu à la plainte formelle que nous lui avons adressée en décembre 2006, contre l'Etat français.

La commission considère que les termes de l'article 7 de la Directive 93/13/CEE « faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel » doivent être interprétés comme signifiant « faire cesser l'insertion des clauses abusives dans les contrats » et non « mettre un terme à la présence de ces clauses dans les contrats existants ». Dès lors, la législation française n'est pas contraire au droit communautaire. Par ailleurs, la Commission considère que le consommateur n'est pas privé de protection puisqu'il peut à titre individuel demander la suppression de la clause abusive. Les autorités françaises ont ainsi indiqué qu'une procédure simplifiée existe pour ce faire et que le juge peut invoquer de sa propre initiative les dispositions du code de la consommation.

Nous considérons cependant toujours, pour notre part, que l'action en suppression de clauses abusives vise autant à éviter le retour de clauses abusives dans de nouveaux contrats qu'à en sanctionner l'utilisation avérée. Elle présente donc un caractère préventif et dissuasif qui nous semble consacré par le droit européen de la consommation (Directive 93/13 du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives).

Selon cette directive, les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires aboutissant à ce que le consommateur ne soit pas lié par une clause abusive figurant dans un contrat conclu avec un professionnel (article 6-1 de la directive). Ils doivent également permettre aux entités de saisir les organes compétents pour déterminer si les clauses rédigées en vue d'une utilisation généralisée ont un caractère abusif et, dans l'affirmative, mettre à disposition des moyens adéquats et efficaces pour faire cesser l'utilisation de telles clauses (article 7).

Nous avons décidé de nous pourvoir en cassation contre l'arrêt FREE et dans ce cadre, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes sur ce point. Nous sommes toujours convaincus que l'action en suppression de clauses abusives vise autant à éviter le retour de clauses abusives dans de nouveaux contrats qu'à en sanctionner l'utilisation avérée. Elle

présente donc un caractère préventif et dissuasif qui nous semble consacré par le droit européen de la consommation (Directive 93/13 du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives).

### **Une troisième voie possible avec le décret du 18 mars 2009 ?**

Malheureusement, le décret ne devrait pas, en pratique, permettre d'éradiquer les clauses abusives.

Non seulement l'étendue de ces listes devrait se réduire à peau de chagrin dans un proche avenir puisque le projet de directive de la Commission Européenne relative aux droits des consommateurs, qui s'imposera aux Etats membres en vertu du principe d'harmonisation maximale, prévoit notamment un nombre de clauses noires plus réduit. Elle prévoit 5 clauses noires au lieu des 12 de notre décret.

Mais surtout, il sera toujours nécessaire en pratique de recourir au juge pour faire constater que la clause qui pose problème dans un contrat correspond à celle inscrite dans l'une de ces deux listes, voir n'y figure pas, mais crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur et doit, par là même, être sanctionnée.

Dès lors quelle entité saisira les tribunaux ?

Ce ne seront que rarement les consommateurs ou leurs associations.

Il reviendrait en effet au consommateur à titre individuel de saisir un tribunal, sur la base de l'article L 132-1 du Code de la consommation.

Mais en pratique, les consommateurs ne saisissent que très peu les tribunaux.

Les statistiques du Ministère de la Justice démontrent que les usagers saisissent peu les tribunaux et pire qu'ils ne se présentent pas lorsqu'ils sont assignés par les professionnels. Plus de deux tiers des affaires jugées par les tribunaux d'instance, juges naturels des affaires de consommation, sont engagées à l'initiative des seuls professionnels. Un tiers des consommateurs, défendeurs à une action devant le tribunal d'instance, ne sont ni présents, ni représentés devant le tribunal.

Selon notamment l'Eurobaromètre spécial sur « l'accès à la justice » d'octobre 2004 et l'Eurobaromètre concernant la « Protection des consommateurs dans le marché intérieur » de septembre 2008, un européen sur cinq préfère ne pas saisir la justice si le montant en jeu est inférieur à 1000 €. La moitié des personnes interrogées déclarent qu'elles renoncent à des poursuites en dessous de 200 €.

Compte tenu des coûts élevés et du risque que suppose une action en justice, les consommateurs n'ont aucun intérêt, d'un point de vue économique, à payer des frais de justice, d'avocat et d'experts qui peuvent être supérieurs à l'indemnisation. Les procédures sont si complexes et si longues que les consommateurs peuvent se retrouver enlisés dans une affaire sans savoir clairement quand (et si) elle sera résolue de manière satisfaisante. Seuls 30% des consommateurs estiment ainsi qu'il est facile de régler des litiges devant les tribunaux.

Ainsi, imaginer que les consommateurs, confrontés à une clause abusive, saisiront les tribunaux, est plus qu'illusoire.

Et même si par extraordinaire, tel était le cas, cette action individuelle n'aurait aucune portée générale compte tenu de l'effet relatif de la décision rendue. Le professionnel se verrait interdire de faire usage de la clause déclarée abusive à l'égard du seul consommateur à l'instance et non à l'égard de tous les consommateurs ayant souscrit le contrat litigieux. Ceux-ci continueraient donc à être liés par des contrats reconnus comme déséquilibrés. Quel paradoxe !

Pour ce qui est de l'action des associations de consommateurs, elle est plus que compromise par les arrêts récents de la cour de cassation.

D'autres évoquent l'Etat au travers de l'action de la Direction Générale de la Concurrence, Consommation et Répression des Fraudes (DGCCRF) comme pouvant faire usage des listes du décret.

Cette administration dispose en effet depuis la loi du 17 décembre 2007, de nouveaux pouvoirs en matière de suppression de clauses abusives. Ses agents peuvent, en vertu de l'article L 141-1 VI du Code de la consommation, saisir un tribunal civil ou administratif afin de faire supprimer les clauses abusives dans « tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

Cependant depuis l'entrée en vigueur de cette législation, ce pouvoir n'a été que peu, voire quasiment jamais mis en œuvre. Rien ne permet d'imaginer dès lors que la situation pourrait évoluer positivement et ce d'autant plus que l'avenir de cette administration est plus que compromis.

La DGCCRF est en effet en passe de disparaître par l'effet de la Circulaire du Premier Ministre du 31 décembre 2008 au motif de révision générale des politiques publiques (RGPP). Ses entités départementales et régionales vont se fondre avec celles des autres ministères dans les Directions Départementales de Protection de la Population (DDPP) et les Directions Départementales de la Cohésion Sociale et de la Protection des Populations (DDCSP), placées sous l'autorité des Préfets de Région.

Les missions de protection des consommateurs seront donc diluées au sein des autres missions de ces structures interministérielles et soumises aux directives et au bon vouloir des autorités politiques locales. Difficile d'imaginer dans ces conditions que l'administration centrale, déconnectée de ces agents locaux, puisse survivre longtemps.

**Faute de combattants, la lutte contre les clauses abusives paraît plus que compromise !**

## LE JUGE ET LES CLAUSES ABUSIVES

*Etienne RIGAL*

*Ex-Juge d'Instance, président du tribunal d'Instance de Vienne  
Actuellement Magistrat à la Cour d'Appel de Lyon*

L'intitulé de cette intervention place le juge vis-à-vis d'éventuelles clauses abusives, en relation directe avec celles-ci, sans aucun autre intervenant, sans autre partie.

Cette situation est le plus souvent celle que connaît le juge, notamment le juge d'Instance, lorsqu'il est saisi d'une demande d'exécution d'une clause susceptible d'être jugée abusive.

Il est en effet exceptionnel que le consommateur poursuivi évoque ce caractère abusif, soit qu'il ne comparaisse pas, soit qu'il ignore les termes du droit protecteur.

Il faut également regretter que de trop nombreux conseils omettent eux-mêmes de faire valoir de telles irrégularités, notamment du fait d'un déficit de formation.

Mon expérience de juge d'Instance confronté à l'abus est donc celle de cette "solitude", bien éloignée de l'habituelle et préférable position qu'occupe un arbitre intervenant après un débat préparatoire où toutes les questions ont été débattues contradictoirement.

Pourtant, je voudrais témoigner de ce que, comme beaucoup de mes collègues sans doute, je ne me suis jamais senti aussi juge, autant heureux de ma place qu'en m'intéressant à cette matière.

En premier lieu, car il est peu de questions juridiques plus complexes, plus fines, que celles de la détermination de l'abus. Distinguer l'abus de l'excès, la nullité de l'inopposabilité, discriminer l'ambiguïté, que de débats ouverts aux réponses souvent peu évidentes. Ajoutons que l'imagination sans fin des rédacteurs de contrats d'adhésion conduit le juriste à des interrogations sans cesse renouvelées.

Ce juriste, et notamment le juge de premier degré, se trouve en cette matière dans la position la plus enthousiasmante, la plus gourmande, celle de défricher, de définir le droit.

A cela s'ajoute la fonction de rétablir l'équilibre entre cocontractants ou plutôt de proscrire le déséquilibre manifeste, qui évidemment ne peut que répondre à la définition commune de l'oeuvre de justice, à mon sens à l'engagement du juge.

Le droit des clauses abusives forme le juge, comme il a été le fer de lance de l'évolution du droit.

Même si cette question a déjà été débattue maintes fois, je ne peux évidemment pas ne pas évoquer ici les débats qui ont longtemps occupé les juristes quant à la définition de 'l'office du juge', et plus encore la question du 'relevé d'office'.

Je ne ferai pas état des arrêts successifs rendus par la CJCE, que d'autres intervenants ont précédemment évoqués. Mais, je me dois de relever que la "communautarisation" du droit de la consommation et du débat sur l'office du juge s'est construite, en premier lieu, sur le terrain des clauses abusives et de la directive 93/13/CEE.

C'est bien dans le domaine de l'abus et ce faisant au travers de la question du déséquilibre que s'est discuté le pouvoir d'intervention du juge civil.

Ce n'est évidemment pas un hasard, tant il est vrai qu'au déséquilibre entre contractants professionnels

et consommateurs, s'ajoute d'évidence un déséquilibre processuel.

A ce stade, je me rappelle des arrêts d'Appel qui systématiquement venaient nous infirmer quand nous avions relevé d'office un abus et cela au motif que l'ordre public de protection ne pouvait être évoqué que par la partie lésée. Je me souviens de ma perplexité face à la confrontation d'un droit civil qui, en son article 1152, m'autorisait à réduire à néant d'office une clause pénale simplement "manifestement excessive" et un droit processuel qui m'interdisait tout contrôle du déséquilibre manifeste pouvant résulter d'une telle clause.

Alors, je ne peux taire la réaction qui fut la nôtre à la lecture de l'arrêt OCEANO GRUPO EDITORIAL, un sentiment d'ouverture, d'espoir quant à une définition renouvelée de la fonction judiciaire.

On sait que la loi du 3 janvier 2008 prenant acte de la position du juge communautaire a introduit dans notre code de la consommation l'article L141-4 qui dispose que "*le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application*".

Le vote de cette loi a certes heureusement mis un terme à un combat porté notamment par des juges d'Instance en recherche d'une réelle effectivité du droit protecteur des parties faibles, mais bien qu'il faille s'en réjouir, il n'en reste pas moins que la question générale de l'office du juge reste à ce jour encore en débat.

En effet, ce texte n'a d'application que pour ce qui concerne les dispositions contenues dans le code de la consommation. Dès lors, il ne pourra être invoqué quand la violation d'une norme protectrice de la partie faible sera contenue dans un texte relevant par exemple du droit des baux d'habitation, du code des assurances ou du travail.

Il participe ainsi malheureusement à la parcellisation du droit.

Il nous faut en conséquence militer pour que la loi vienne affirmer que le juge peut relever d'office l'ensemble des normes d'ordre public.

En effet, son intervention au-delà des moyens présentés par les parties ne trouve sa légitimité que parce que le droit en cause dépasse les intérêts privés des plaideurs, a trait à l'intérêt commun à l'ordre et au lien social.

Ce combat pour un office judiciaire unifié reste à mener.

Il me faut également regretter que beaucoup de magistrats se refusent encore au relevé d'office. L'obligation qui leur est faite de d'éradiquer l'abus (CJCE 4/6/2009 C-243/08 Pannon GSM Zrt) sera, je l'espère, de nature à infléchir ces pratiques et à modifier notre culture juridique encore essentiellement centrée sur la seule sanction de la faute de celui, le consommateur, dont la défaillance est très généralement la cause originelle du procès, qui reste regardé exclusivement comme un mauvais payeur.

Par ailleurs, je voudrais également relever que si le droit de l'abus contractuel a irrigué l'évolution de notre procédure civile, il a également influé sur notre définition du contrat lui-même.

Je fais par exemple référence à l'article L 313.10 du code de la consommation qui, en matière de cautionnement d'un contrat de crédit, prévoit aujourd'hui que le prêteur ne peut se prévaloir d'une garantie qui au jour de sa formation était manifestement disproportionnée aux biens et revenus du garant.

L'introduction de la proportionnalité est une donnée récente et à mon sens pleine d'avenir de notre droit contractuel. La notion d'abus est et sera une des matrices essentielle d'une nouvelle définition du droit contractuel et un outil de pacification du marché.

Comme indiqué plus avant, le droit communautaire fait aujourd'hui obligation au juge d'investir le champ des clauses abusives. Il y a là, tout à la fois, un terrain d'enrichissement du droit, d'éradication du déséquilibre manifeste et pour le juge lui-même une voie d'affirmation de sa fonction même de garant de l'effectivité de la loi et de l'ordre public.

J'ajouterai en guise de conclusion que la lutte engagée par de nombreux juges d'Instance pour une justice de proximité trouve dans cette matière sa plus claire expression, sa définition même, celle d'une justice accessible procéduralement à travers des modes de saisine simples et des débats oraux, se montrant préoccupée même d'office par le maintien des équilibres.

Une justice qui s'éloigne de la volonté productiviste et centralisatrice, principaux objectifs de nos gouvernants, qui ont notamment conduit à cette réforme de la carte judiciaire que nous sommes nombreux à rester combattre.

## AVANCEES OBTENUES DU FAIT DES ACTIONS JUDICIAIRES DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS

**Christian BRASSEUR**  
Avocat Grenoble

Peut-être les Pythies avaient-elles raison. Pas celles d'Apollon à Delphes ou Dydime, aux jolis noms oubliés, mais d'autres plus récentes qui, aux temps anciens où se discutait la loi de janvier 1978, et avaient pour nom par exemple Président Jean Foyer, prévoaient que le texte dont nous parlons aujourd'hui allait provoquer : « *le saccage du Code Civil* ».

Eh bien, voici le scoop : « *C'était vrai !* ». Car enfin, qu'en est-il aujourd'hui de notre bon vieux code napoléonien , qui placardait en tête du chapitre sur les effets des obligations que les contrats « *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. (Ils) ne peuvent être révoqués qu'avec le consentement mutuel ...* » des contractants (Code Civil 1134) ?

Ce n'est pas l'incroyable travail de démolition du législateur qui est ici incriminé – la multiplicité des lois spéciales, ou, il y a peu, l'acceptation du contrat à géométrie variable pour les FAI ou les banques - car cela était prévu ( :« *ou pour les causes que la loi autorise* »)...

Non, c'est d'abord le sabotage entamé par une Commission instituée à l'époque, et ensuite celui poursuivi par la multiplication de décisions rendues par des magistrats (!) qui ont (pour la 1<sup>e</sup> par le biais de 68 recommandations et 32 avis; et pour les secondes par celui d'une jurisprudence certes inexistante pendant 10 ans, modérée les 10 ans suivants – 110 en 20 ans – mais considérable depuis - plus de 800 décisions), qui ont imité les termites pour miner progressivement le temple de la volonté des parties, supprimant plusieurs milliers de clauses, pourtant si précautionneusement concoctées par les rédacteurs des contrats d'adhésion...

A tel point qu'aujourd'hui, n'importe quel « entomologiste » peut constater non seulement que l'on déroge au droit commun des contrats, mais aussi qu'on en « vide » parfois les principes (§ I).

Pourtant d'autres Pythies sont déçues.

Celles qui, à l'inverse, rêvaient du « contrat parfait ». L'une par exemple qui espérait :« *la bataille des clauses abusives sera gagnée le jour où ces actions n'existeront plus : quand les contrats seront enfin négociés* » (1), l'autre : « *par le travail patient de la Commission des Clauses Abusives, des magistrats, des associations et de la DGCCRF, les contrats entre les professionnels et les consommateurs seront peu à peu purgés de leurs clauses abusives* » (2), ou une dernière formant, dans le journal interne d'une association nationale de consommateurs, ces vœux : « *Que 1992 sonne le glas définitif de ce type de clauses ...* » (3).

Celles-ci se désespèrent un peu de ce que, aujourd'hui, les contrats ne soient pas « spontanément équilibrés », de ce que la longueur des procédures, et maintenant la jurisprudence catastrophique de la Cour de Cassation sur la « *modification* » des contrats après assignation, ou la lourde charge de la preuve qui pèse sur les associations, constituent le Tonneau des Danaïdes contemporain, et conduisent à se résoudre au labeur de Sisyphe.

Celles-ci, peut-on les rassurer, et leur montrer l'influence considérable, sur les pratiques professionnelles des interventions associatives (§ II).

---

1) Me L. BIHL - 1997 - Numéro spécial INC n° 1015 ;

2) Mr le Professeur CALAIS AULOY - atelier du 25.10.2001- Revue de la Concurrence & de la Consommation n° 125 ;

3) Journal de l'UFC Que choisir

## **I – AVANCEES DE DROIT :**

### **A – Au-delà du droit commun :**

\* On avait pu s’interroger, dans les années 90, sur le domaine d’intervention de la réglementation sur les clauses abusives et les professionnels soutenaient généralement que dès lors qu’ils respectaient le droit commun, ils ne pouvaient voir leurs clauses contractuelles taxées d’abusives. (et cela se voit encore- (4)

Compte tenu de ce que dans les contrats civils, les dispositions du code sont pour beaucoup seulement supplétives, c’était réduire à peau de chagrin la réglementation spécifique.

De surcroît, c’était aussi confondre l’illicite et l’abusif, alors que le premier ne nécessite pas l’appréciation d’un déséquilibre, et le second ne nécessite pas la violation d’une loi.

La jurisprudence a donc été amenée à confirmer qu’une clause qui n’était pas interdite en droit commun pouvait être, dans les rapports avec les consommateurs, abusive car déséquilibrée.

\* Plusieurs exemples pourraient être fournis, mais le plus intéressant est certainement celui concernant les clauses d’indemnisation du bailleur en cas du vol d’un bien mobilier dans le cadre d’un contrat de location de celui-ci.

Ces clauses, qui prévoient que le locataire restera tenu envers le bailleur d’une indemnité égale à la totalité des loyers restant dus sur la période de location prévue, bien que la location ne puisse se poursuivre, sont de longue date considérées comme valables en droit commun (5).

Néanmoins, si une telle clause est opposée à un consommateur, la jurisprudence considère que celle-ci emporte un déséquilibre au détriment de ce dernier (6). Comme la loi le définissait avant 1995, le professionnel s’accorde « *un avantage excessif* ».

Et il est intéressant d’observer, que précisément dans l’arrêt de 1995 sus-visé, soit un an après celui confirmant la validité de la clause en droit commun, la Cour Suprême a pris soin de préciser - surabondamment - : « *Monsieur H n’ayant pas soutenu le caractère abusif de la clause* ».

Si bien que dans le cas d’espèce concerné, le consommateur s’est vu imposer la clause puisque valable en droit commun, alors qu’il aurait pu y échapper s’il avait soulevé le caractère abusif de cette dernière ...

\* Un autre exemple provient des clauses d’exonération de responsabilité en matière de développement photo, et limitant l’indemnisation du consommateur victime à une somme forfaitaire (d’ailleurs souvent dérisoire) ; clauses qui sont considérées comme valables en droit commun, soit au regard de l’article 1150 du Code Civil (7), soit sur le fondement de l’article 1134 du Code Civil (8) ; alors qu’elles sont jugées abusives si le consommateur se plaint du déséquilibre (9).

---

4) CA Versailles 18.11.2004 - UFC QC/ Butagaz.  
5) Cass 09.03.1977 Bull I N° 126 ; **Cass 21.11.1995** AUDIJURIS 6.96 page 45;  
6) Cass 06.01.1994 JCP N° 22237, confirmant C.A GRENOBLE 13.06.1991 JCP 92;  
7) Cass 17.07.1990 RCA 90 N°367;  
8) Cass 24.02.1993 JCP N° 22166 ;  
9) Cass 14.05.1991 RJDA N° 914;  
10) Cass 01.02.2005 LAMY DC 05 N° 574;

Il en est encore de même quant aux clauses de renversement de la charge de la preuve, valides en droit commun, mais considérées comme abusives en jurisprudence à l'égard du consommateur (10), avant que le décret du 18 mars 2009 en affirme le principe à l'article R 132-1 § 12 du Code de la Consommation.

Et n'est il pas extra-ordinaire que, sans passer par le législateur, le pouvoir exécutif aujourd'hui ait pu, avec le décret du 18 mars 2009, provoquer l'élimination de clauses contractuelles ... non interdites par la loi.

Au-delà de celles évoquées ci-dessus, l'interdiction des limitations ou exonérations de responsabilité ... sont autant de « dépassements » du droit commun au profit de la protection des consommateurs

## **B – L'utilisation du « motif légitime » :**

Que ce soit en cours d'exécution du contrat, ou au moment de la résiliation de celui-ci, au-delà des règles du droit commun, la jurisprudence, après les recommandations de la Commission des Clauses Abusives, va soit permettre ce qui n'est pas permis, soit imposer ce qui ne l'est pas, dès lors qu'un motif légitime le justifie.

### 1) L'extension de droits du consommateur :

\* En droit commun, seule la force majeure permet à un cocontractant soit d'invoquer la résiliation d'un contrat avant terme, soit de ne pas exécuter ses obligations.

Or, après plusieurs recommandations de la Commission des Clauses Abusives, publiées depuis 1991 (11), la jurisprudence va autoriser le consommateur à résilier le contrat avant terme, s'il justifie d'un motif légitime.

Ainsi, pour la « durée irrévocable » de 48 mois prévue habituellement dans les contrats de télésurveillance (12) ; ou celle de 24 mois dans les contrats de téléphone portable (13), ou des fournisseurs d'accès à Internet - FAI (14), . Le consommateur n'est plus prisonnier de la durée contractuelle, s'il a une raison légitime de résilier.

Et par voie de conséquence dans les mêmes types de contrats, sont interdites les clauses qui estiment acquis au professionnel les mois payés d'avance en cas de résiliation pour motif légitime (15). Et il en va de même dans un contrat de club de sport (16). Par voie de conséquence encore les clauses qui rendent exigibles par le professionnel le coût de l'abonnement ou une indemnité en cas de résiliation pour motif légitime, sont interdites, ainsi pour les contrats de télésurveillance (17) ou de téléphone mobile (18) ou pour les contrats d'enseignement, notamment le paiement de l'intégralité des frais en cas de départ anticipé (19).

- 
- 11) Recommandations de la C.C.A dans le cadre des contrats d'établissements d'enseignement : R 91-01 BOCCRF 06.09.1992 ; de location de biens meubles : R 91-04 BOCCRF 06.09.1992 ; d'abonnement au câble : R 98-01 BOCCRF 31.12.1998 ; de téléphone portable : R 99-02 BOCCRF 27.07.1999 ; des baux de locaux d'habitation : R 00-01 BOCCRF 22.06.2000 ; ou sur la durée des contrats : R 01-02 BOCCRF 23.05.2001 ; les marchands de liste : R 02-01 BOCCRF 26.02.2002 ; les FAI BOCCRF 31.01.03 ; les auto-écoles : R 05-03 BOCCRF 16.12.2005 ;
  - 12) C.A REIMS 07.05.2007 – CCC 312 – C.A BORDEAUX 04.09.2006 – site CCA ; C.A AIX EN PROVENCE 25.06.2008 RJDA 09 N° 143 - Contra : C.A PARIS 30.05.2007- RJDA N°1158, précisément parce qu'aucun motif légitime n'avait été invoqué ;
  - 13) TGI NANTERRE 09.02.2006 (UFC QC / FRANCE TELECOM) ; et 03.03.2006 (UFC QC /9 telecom) RJDA 07 N°965 ;
  - 14) C.A VERSAILLES 15.09.2005 (UFC QC/AOL) -CCE n°171, puis Cass 08.11.2007 -CCE 08 n° 7 ;
  - 15) idem
  - 16) T.G.I GRENOBLE 13.06.2005 – voir site CCA ;
  - 17) C.A AMIENS 06.04.2006 CCC N°212 ;
  - 18) C.A VERSAILLES 04.02.2004 CCE.57 ;
  - 19) CA MONTPELLIER 21.08.02 -site CCA

En matière d'auto-école encore, sont écartées les clauses qui interdisent de déroger au calendrier des leçons ou qui permettent au professionnel de refuser de proposer un élève à l'examen s'il a oublié son dossier, et ce même en cas de motif légitime (20).

\* Enfin, l'importance de la protection ainsi apportée aux consommateurs est tellement établie que les professionnels se sont vus interdire de déterminer au contrat quels motifs pouvaient être considérés comme légitimes. (Un licenciement, une chute de revenus, justifient-ils de la résiliation d'un contrat « triple play » par exemple ? Une hospitalisation subite justifie-t-elle un retard de paiement ?). Pour les juges, seul le consommateur apprécie ce qui légitime sa position, sous le seul contrôle du juge (21).

## 2) L'imposition d'obligations au professionnel :

\* A l'inverse, le professionnel se voit interdire de résilier un contrat à durée indéterminée, ou de renouveler un contrat à durée déterminée, sans justifier d'un motif légitime.

Ainsi en est-il pour les contrats de syndic que l'agent immobilier ne peut résoudre sans motif (22), ou encore, dans les conventions de banque, pour la cessation du découvert autorisé sans motif (23), ou un retrait de chéquier ou de carte bancaire, ou encore pour la clôture intempestive du compte sans motif (24).

\* Au niveau de l'exécution du contrat, les professionnels se sont vu par exemple interdire d'exiger, dans une location d'habitation, plusieurs ramonages par an, sans motif légitime (25) ; ou dans les contrats d'abonnement au cinéma, d'exclure un réabonnement après une résiliation pour motif légitime (26).

Ainsi, l'arbitraire du professionnel, qui aggrave la situation du consommateur ou allège ses obligations, se voit-il encadré par la nécessité d'une justification, ce que le Code Civil n'impose pas.

## **II – DES AVANCEES DE FAIT :**

On connaît, selon l'expression d'un commentateur, « *l'incommensurable imagination des rédacteurs d'actes* » qui peuvent conduire au désespoir les Sisyphe déjà évoqués ...

Mais, indépendamment de la simple volonté de certains professionnels à vouloir rédiger des contrats à leur seul avantage, c'est parfois au soutien d'une pratique peu respectueuse des consommateurs que les clauses sont rédigées.

Ces pratiques n'étant pas illicites, en droit commun elles paraissent devoir être subies...

Mais la jurisprudence sur le fondement du caractère abusif des clauses autorise ce que l'impératif de « loyauté » n'a pas permis d'obtenir, ni même souvent l'obligation de renseignements préalables ou de conseils à travers l'article L 111-1 du Code de la Consommation.

Même dans une société de marché, même dans le cadre d'une réglementation européenne privilégiant la concurrence, et l'absence d'entrave à celle-ci, au regard du filtre des clauses abusives, il va devenir possible d'interdire certaines pratiques

---

20) TGI GRENOBLE 22.06.2009 ;

21) TGI NANTERRE 03.03.2006 RJDA 07 N°965 ;

22) CA PARIS 04.09.2003)

23) CA MONTPELLIER 28.02.2003 ; TGI GRENOBLE 12.11.2007 -dont appel-

24) CA PARIS 03.04.2008 Soc.Générale RJDA 859 ; TGI GRENOBLE (Crédit Agricole ; CA ANGERS 24.02.2009 Crédit mutuel ; CA DOUAI 27.02.08 -BPN ; Cass 28.05.2009 RJDA 09 N°2358 ;

25) Recommandation sur la location d'habitation 0001

26) C.C.A 02-02

Au risque d'un blasphème juridique, à ne pas faire un plan en deux parties, je prendrai trois exemples

#### **A – La pratique des cuisinistes :**

Dans ce secteur professionnel, il y a longtemps que les méthodes de certains inquiètent même la profession (27).

Or, c'est un domaine d'activité où il ne faut pas attendre une évolution législative : la vente simple de meubles, et/ou la prestation de service de pose semblent ressortir du droit commun.

Pourtant, pour des professionnels annonçant assurer la livraison d'une cuisine « clé en mains », de la conception initiale, puis la fourniture des meubles et équipements ménagers utiles, jusqu'à la pose et la mise en fonction de l'ensemble, plusieurs pratiques se sont vu interdites grâce à la réglementation sur les clauses abusives.

- Ainsi, celles qui permettent au professionnel de faire signer une commande avant que lui-même ait pu voir les lieux : les clauses prévoyant notamment « *les dimensions, le descriptif de la pièce sont le fait du client et engagent sa seule responsabilité* » (28), ou encore celles qui permettent au professionnel après avoir vu les lieux, de modifier le devis initial sans que le consommateur puisse résilier (29), ou encore celles qui prévoient des tolérances dans les dimensions ou éléments constitutifs du mobilier vendu (30).

Au vu de ces décisions obtenues par les associations hors du cadre de litiges individuels, les consommateurs ont pu faire juger l'irrégularité de leur contrat prématuré, et sa nullité (31).

Et dans le prolongement de l'action, certes après avoir fait relever sur le plan pénal que les documents publicitaires du professionnel constituaient des infractions de « publicité trompeuse » (32), une association a pu obtenir, indépendamment d'une procédure en clauses abusives, et dans le cadre d'une action sur la cessation d'une pratique illicite : « *l'interdiction ... de solliciter ou recueillir la signature pour valoir commande de documents, avant établissement d'un métré précis des lieux destinés à recevoir les meubles, et vérification des sujétions techniques* » (33)

#### **B – Concernant les contrats de FAI :**

Sur ce type de contrat, la Commission des Clauses Abusives avait voté une recommandation écartant 28 clauses (34).

La jurisprudence, qui a eu l'occasion de se voir soumettre par une association nationale de consommateurs, les contrats type de 6 opérateurs (35), a finalement ordonné la suppression de 73 clauses différentes.

- 
- 27) Les contrôles de la DGCCRF permettaient 212 procès-verbaux d'infraction en 1994 sur 452 contrôles, et 219 procès-verbaux en 1996 sur 810 contrôles ; le journal L'Usine Nouvelle dénonçait dans son numéro du 24 juillet 1994 « *une nouvelle approche marketing* » de ces professionnels, tandis que le journal Capital en juin 2003 visait encore « *les boniments diaboliques des super vendeurs* » ; tandis que la revue Présence en mars 1996 évoquait « *un marché à moraliser ...* ».
- 28) C.A GRENOBLE 13.04.2005 -UFC38/ECD;
- 29) TGI GRENOBLE 20.03.2003 – UFC38 /MOBALPA ;
- 30) TGI VIENNE 05.06.1997- UFC38/Chic Cuisines ; C.A GRENOBLE 14.09.1999- site CCA ;
- 31) CA Grenoble 10.12.07 - CCC 09 n° 170 ;
- 32) C.A GRENOBLE Ch. Correctionnelle 26.02.2007 ; confirmé par Cass 18.03.2008 – Pourvoi N° 07-82792 ;
- 33) C.A GRENOBLE 19.01.2009 – INC HEBDO N°1508 page 3 ;
- 34) Recommandation 03-01 BOCCRF 31.03.2003 ;
- 35) Voir annexe 2 ;

Même si plusieurs concernent des dispositions contractuelles déjà évoquées (la modification unilatérale des conditions générales d'utilisation (36) ; ou la durée minimum incontournable (37), ou les nombreuses exonérations de responsabilité (38)), plusieurs autres avancées ont été obtenues dans la défense des consommateurs.

Et quelle association pourrait affirmer qu'elle aurait obtenu à l'amiable ces modifications ? Notamment l'UFC QUE CHOISIR, sur ce type de contrat, avait organisé une réunion avec l'AFA (association des fournisseurs d'accès), pour tenter d'obtenir des modifications,, réunion qui est restée vaine.

Or, se sont vues ainsi condamnées les pratiques des professionnels rendant par exemple opposables un « *code de bonne conduite* », seulement consultable en ligne (39) ; ou encore permettant d'imposer le prélèvement automatique comme seul moyen de paiement, ou de faire payer un autre mode de paiement (40) ; ou encore prévoyant en cas de résiliation que « *tout mois commencé est du* » (41) ...

Et manifestement, seule la jurisprudence était en mesure de contrarier, avant que le législateur ne le fasse, les clauses prévoyant que les fournisseurs d'accès à Internet, ou d'abonnement téléphonique, n'étaient tenus que d'une obligation de moyens, ce qui empêchait toute récrimination du consommateur en cas de coupure intempestive ou mauvaise connexion par exemple (42).

De même, ce n'est sans doute pas à l'amiable que les associations auraient pu obtenir l'interdiction par les professionnels de l'usage des informations personnelles des consommateurs au profit de tiers au contrat, et à des fins commerciales (43), même si actuellement, le législateur est intervenu pour réglementer les conditions de cet usage (44).

### **C – Les contrats de syndic de copropriété :**

Cet exemple est topique au vu de l'ancienneté du débat concerné et des multiples interventions successives depuis plusieurs années.

Après la recommandation de la Commission des Clauses Abusives, en 1994 (45), la situation n'a pas évolué malgré de multiples recommandations de la Commission relative à la copropriété (46).

Si bien qu'après divers articles de presse (47), la DGCCRF menait courant 2006 ce qu'elle a appelé « *une action de grande ampleur* », justifiant de ce que « *les pratiques constatées ne sont pas satisfaisantes* », et caractérisant « *un taux infractionnel important* » (48).

---

36) Cass. 08.11.07 UFC/AOL; CA PARIS 13.02.09 UFC/FREE;NANTERRE 09.02.06 UFC/ WANADOO ;

37) C.A VERSAILLES 15.09.2005 AOL ; TGI PARIS 05.04.2005 TISCALI ; C.A PARIS 13.02.2009 FREE ; TGI NANTERRE 09.02.2006- WANADOO et 03.03.2006 9 TELECOM ; TGI PARIS 15.09.2009 NUMERICABLE) ;

38) Notamment les exonérations pour « *faits indépendants de notre volonté* » de la part du FAI : voir jurisprudence citée pour les contrats FREE, 9 TELECOM, & WANADOO ;

39) (TGI NANTERRE 03.03.2006 précité ; TGI NANTERRE 09.02.2006 précité ; C.A PARIS 13.02.2009 précité) ;

40) V.Jurisprudence rendue sur les contrats TISCALI, FREE et NUMERICABLE, précitée ;

41) V.Jurisprudence rendue sur les contrats TISCALI et FREE, précitée ;

42) Jurisprudence rendue sur les contrats AOL, FREE, 9 TELECOM, WANADOO, NUMERICABLE ;

43) CA VERSAILLES 15.09.2005 – AOL ; TGI PARIS 05.04.2005 – TISCALI ; C.A PARIS 13.02.2009 – FREE ; TGI NANTERRE 03.03.2006 – 9 TELECOM ; TGI NANTERRE 09.02.2006 – WANADOO ; TGI PARIS 15.09.2009 – NUMERICABLE) ;

44) Exigence d'un accord préalable pour toute sollicitation par automate d'appel ; et précision d'une possibilité de s'opposer aux autres usages, pour des produits fournis par le professionnel ayant contracté ;

45) Recommandation N°96-01 BOCCRF 24.01.1996 - 9 clauses écartées ;

46) Commission créée par arrêté du 04.08.1987 ;

47) Notamment : « Que Choisir » Novembre 2002 ;

48) Journal « Concurrence et Consommation » de la DGCCRF N°154 page 6 ;

Les débats menés ensuite dans le cadre du Conseil National de la Consommation (49) sur les « prestations spéciales » n'aboutissaient qu'à un accord minimum, plusieurs points de discussion restant en suspens. On relève ici les limites des « négociations » entre les représentants respectifs des consommateurs et des professionnels, puisqu'il suffit que l'une des parties fasse blocage sur un point ou un autre pour que celui-ci ne fasse l'objet d'aucune décision.

Cette situation a justifié le recours aux Tribunaux. Sur saisine d'une association départementale, (en réalité l'action a été initiée avant l'Avis du CNC), les juridictions de GRENOBLE, ont rendu plusieurs décisions qui sont allées bien au-delà de cet avis quant à la protection des consommateurs.

Si ces décisions ne sont actuellement pas définitives (50), elles ont permis d'une part de voir écarter quelques clauses « générales » utilisées par certains professionnels, et surtout d'autre part de voir interdire de multiples confusions entre de prétendues prestations particulières et les prestations de gestion courante (51).

- Au premier titre, se voit par exemple interdite la clause qui présente la dispense d'ouverture d'un compte séparé comme étant une simple alternative. Si cette disposition semble aujourd'hui de faible portée (puisque la loi a rendu obligatoire le compte séparé, sauf dispense), elle permet d'éviter la pratique de certains syndicats qui considéraient que la copropriété avait « le choix ».

De même, les conditions de « démission » d'un syndic se trouvent encadrées par l'obligation de prévoir une Assemblée Générale avant la fin du mandat du démissionnaire, ce qui évite aussi certaines pratiques de syndicats « quittant les lieux » avant d'avoir été remplacés (52).

- Quant à l'inventaire des « prestations particulières » dont la C.C.A dénonçait déjà « l'accumulation » (53), et dont la DGCCRF dans son rapport dénonçait « une recrudescence significative des plaintes portant sur les modalités tarifaires des syndicats » (54), il se trouve aussi limité.

Sans aller jusqu'à la conception « légaliste » de l'association demanderesse (55), le Tribunal a précisé à plusieurs reprises : « *le critère pertinent devant être retenu ... pour définir la notion de gestion courante correspond à l'ensemble des actes accomplis par le syndic à l'occasion d'un fonctionnement a minima (prestations certaines) de la copropriété, ou plus encore un caractère suffisamment prévisible pour faire l'objet d'une tarification forfaitaire (prestations prévisibles) ... Les autres prestations ... peuvent a contrario faire l'objet d'une tarification supplémentaire* ».

De la sorte, se sont vues interdites de nombreuses clauses qui entretiennent la confusion entre les 2 types de prestations (une cinquantaine – (56). Ainsi se trouve écartés : la possibilité de prétendre à des prestations particulières, par exemple lorsqu'une AG est tenue en dehors des heures ouvrables, si c'est à la discrétion du syndic ; la mise à jour des listes des copropriétaires, la gestion des sinistres, les actes relatifs à la gestion du personnel, la tenue d'un compte bancaire séparé, le suivi des procédures, la location de parties communes, l'intervention de collaborateurs du syndic, les renseignements et consultations donnés à des tiers fussent-ils copropriétaires, la gestion des archives

---

49) Avis du CNC du 27.09.2007;

50) TGI GRENOBLE 27.10.2008 – UFC 38 / ALPES RHONE ; idem 02.02.2009 – UFC 38 / LESCENE IMMOBILIER ; idem 18.05.2009 – UFC 38 / FONCIA ANDREVON ; idem 02.11.2009 – UFC 38 / BOYER TOROLLION ET FNAIM ; idem 14.12.2009 – UFC 38 / AGENCE HENRY ET FNAIM ;

51) Voir annexe III ;

52) Jugements ci-dessus visés pour les contrats FONCIA ou BOYER TOROLLION & FNAIM ;

53) Recommandation sus-visée

54) Journal « Concurrence et Consommation » de la DGCCRF N°151 page 9 ;

55) L'UFC 38 faisant soutenir que tout ce qui est du seul ressort du syndic aux termes de la loi du 10 juillet 1965 et notamment de son article 18, fait partie de la gestion courante de la copropriété ;

56) Voir Annexe III ;

Là encore, on peut penser que les associations de consommateurs, même si elles avaient parlé d'une seule voix, n'auraient pas pu obtenir de la profession des agents immobiliers, syndics professionnels, de telles limitations

Ainsi, dans tout type de contrats, avec l'usage de l'article L.132-1 du code de la consommation, il est possible d'organiser une défense du consommateur, qui n'est plus alors « *lié avec un contrat, comme les bœufs avec le joug* » selon la formule de LOYSEL (57)

\* \* \* \* \*

Faut-il conclure ? Bien sûr, comme les dérapages, le « saccage » ironiquement évoqué est en réalité très contrôlé, et il ne consiste qu'à rétablir l'équilibre entre les contractants, rédacteur souvent d'adhésion, et adhérent. Bien sûr il y a aussi de multiples limites aux actions des associations (la « perte d'objet » en cours de procédure, la lenteur à obtenir un résultat, une jurisprudence pas toujours unanime, des dommages & intérêts modestes...). Bien sûr les « recommandations positives » de la CCA ont trouvé peu d'écho. Bien sûr on voudrait « un peu plus »...

Mais malgré tout, le petit inventaire réalisé ici démontre que les pythies évoquées n'avaient pas prévu, même en un rêve fou, l'efficacité du dispositif mis en place. Si, selon un vieux proverbe grec « *l'espérance est le songe d'un homme éveillé* », voilà une bonne raison de ne pas s'endormir.

---

57) Cité par L.BIHL, note précitée.

**Jurisprudence / contrats de cuisinistes**

---

**92 \*TGI GRENOBLE 3<sup>ème</sup> 1.12.1994 (inédit) : UFC 38 / Cuisiniste (EMME)**

ABUSIVES CLAUSES :

- vendeur n'est pas engagé par le contrat avant contre signature d'un représentant
- à la charge du conso. surfacturation en cas de travaux imprévus nécessités par une erreur des plans
- de délai indicatif (illicite)
- exclusion responsabilité en cas lock-out, grève, épidémie, guerre, réquisition, inondation, vol, casse
- paiement de 95% du prix avant livraison
- qui amalgame garantie légale et garantie contractuelle et prévoit des exclusions indifférenciées

NB : appel sur DI seulement ==> CA GRENOBLE 3.06.97 puis CASSATION 5.10.2000 ;  
puis C.A CHAMBERY

**122 \* CA TOULOUSE 6.12.1995 (RJDA 96 N°840) : Cuisiniste (UFC QC / TEISSEIRE)**

- Abusive clause qui prévoit que la commande ne devient définitive qu'après l'accord de la Direction du vendeur
  - ... interdiction au consommateur de résilier le contrat ou demander des dommages - intérêts en cas de non livraison à date convenue
  - Clause attributive de compétence au Tribunal de Commerce
- > loi vise non seulement contrats futurs mais aussi contrats en cours  
+ confirme TGI TOULOUSE 6.7.93

**187\* TGI VIENNE 5.06.1997 (inédit) : UFC 38 / Cuisiniste (CHIC CUISINE)**

\* Nécessité de se prononcer sur CLAB même si défendeur affirme ne plus utiliser contrat (faute d'en justifier)

ILLICITES CLAUSES :

- qui interdit annulation commande sans rappeler facultés lors démarchage ou crédit
- délai livraison indicatif
- clause pénale dite non réductible et sans contrepartie

ABUSIVES CLAUSES :

- de tolérance dans les dimensions ou les éléments constitutifs
- qui prévoit avant pose, paiement de 95 %
- exécution du contrat dépendre de document ou travaux non prévus au contrat
- 3 j seulement pour réserves à réception
- paiement de tout le matériel et 50 % de la pose avant fin de la pose

**226 \* CA GRENOBLE 2.11.1998 (INC H 5/03/99 n°1070 p.9) : Cuisiniste (UFC 38 /VOGICA)**

ABUSIVES CLAUSES

- "au + tard" une "quinzaine" de livraison
- non contractuels les prospectus et catalogues
- résiliation par pro. pour toute inexécution et même des contrats antérieurs
- clause pénale dite "non réductible"

- qui limite à la réception le signalement des vices apparents
  - qui oblige acquéreur à exécuter même si existence de vices
- NB : Confirme TI GRENOBLE 5.09.96

**260\* CA GRENOBLE 14.09.1999 (BOCC 23.8.00 p.450) : Cuisiniste (UFC 38 / MJP CUISINES)**

\* Confirme GRENOBLE 3.02.97 :

- Illicite clause d'exonération de responsabilité pour retard ou inexécution
- Abusive délai de livraison indicatif

Et ajoute 2 :

- Illicite versement acompte sans possibilité de se dédire de l'exécution du contrat même si démarchage
- Abusive clause de tolérance dans les dimensions et éléments constitutifs

+ donne acte que accepte modification sur :

- caractère définitif de la commande (vu possibilité crédit ou démarchage)
- clause qui dit que TVA incluse « sauf exception »
- irresponsabilité pour risque de transport
- clause pénale de « 15 à 20 % ».

**269\* CA GRENOBLE 23.11.1999 (BOCC 23.8.00 p.450) : (UFC 38 / Cuisines Plus)**

\* CONFIRME TGI 29.09.1997 qui a déclaré :

ABUSIVES CLAUSES :

- qui institue une solidarité entre concubins
- sommes versées d'avance ne produisent pas d'intérêts même après 3 mois
- qui exige paiement du prix même si la livraison n'est pas effectivement réalisée

\* Et ajoute 2 :

- Celle qui impose que réclamations et réserves soient faites à la livraison
- Celle qui exige que le consommateur indisponible se fasse remplacer par un tiers pour la livraison, sans avoir un délai raisonnable pour émettre des réserves.

**403\* TGI GRENOBLE 20.03.2003 (INC H du 9-15.06.03 n°1259- UFC 38 / BFC INVESTISSEMENT – MOBALPA)**

ILLICITE clause qui prévoit un crédit sans préciser TEG ni rappeler l'offre préalable alors que démarchage ;

ABUSIVES CLAUSES :

- qui prévoit la possibilité de modifier le devis initial... accepté (donc valant commande) après prise des mesures
- celle qui permet au vendeur de ne pas effectuer des mesures sur place
- délai de 3 jours seulement pour formuler des réserves par LRAR après livraison
- celle qui entretient une confusion entre la pose et l'installation pour tenter d'exclure la seconde

+ obligation de mettre le contrat en conformité à la loi sur le démarchage en y annexant le formulaire détachable.

**512 \* CA GRENOBLE 13.04.2005 : (UFC 38 / ECD)**

\* Confirme jugement du 29.01.2001 sur

ABUSIVES :

- « les dimensions et descriptifs de la pièce sont le fait du client et engagent sa seule responsabilité »

- possibilité pour le pro. d'établir après la commande un récapitulatif informatique comprenant un plan définitif sans nouvelle acceptation du client
- nouveau délai de livraison et facturation complémentaire pour toute « côtes incomplètes ou erronées »
- exonération responsabilité du vendeur du fait des opérations de pose et d'installation
- pose ne peut intervenir qu'après versement de la totalité du prix...
- possibilité pour le pro de disposer des marchandises si absence de prise de livraison au delà de 6 mois même si intégralement payées
- clause exigeant le règlement du prix de la cuisine pour reporter la livraison (contraire à art. L.311-20 Code conso)
- réclamations et réserves doivent être présentées lors enlèvement ou livraison
- + confirme ré-impression du contrat en caractères lisibles

### **631\* TGI GRENOBLE 7.04.2008 : (UFC 38 / SNEC)**

#### ILLICITES CLAUSES /

- qui prévoit une commande ferme et un versement immédiat même si le contrat est souscrit lors d'un démarchage (=/= art. L.121-25 Code conso.)
- qui ne précise pas la garantie légale, et ne détaille pas la garantie contractuelle (=/= art. L.211-15 al 3 Code conso)

#### ABUSIVES CLAUSES :

- qui simule que le contrat est suspendu 7 jours en cas de crédit, sans évoquer le droit de rétractation
- qui prévoit l'acceptation des conditions générales (même illicites ou abusives) sans signature particulière
- qui considère le contrat comme définitif dès sa signature, même en cas de crédit ou de démarchage ou même en l'absence de relevé technique
- qui dénie le caractère contractuel à perspective ou représentation établie lors rédaction du bon de commande
- qui impose au consommateur de vérifier lui-même le matériel livré avant la pose
- qui exonère le professionnel de sa responsabilité, quant aux risques et la garde des matériels avant la réception de la cuisine terminée
- qui impose un avenant à la charge du consommateur en cas de nécessité de modifier le simple projet de construction, et sans permettre au consommateur de résilier sans frais
- qui impute au consommateur la réalisation d'une mise en conformité de l'installation non programmée initialement au contrat
- qui exige que le consommateur paie le marché, même si les travaux sont irréalisables faute de prévisions par le professionnel d'une mise en conformité de l'existant

#### NON ABUSIVES CLAUSES :

- qui prévoit systématiquement un acompte à la commande, même en cas de crédit total
- qui prévoit le paiement intégral du prix à la livraison des fournitures ou d'un solde dérisoire à la fin de pose
- qui exonère le professionnel de sa responsabilité pour défaut de plan de conception s'il s'est contenté des indications du client sans vérifier préalablement
- qui impute au consommateur le coût des travaux de modification des arrivées ou évacuations des fluides, non prévus et évalués lors de l'établissement du contrat

## ANNEXE 2 : CLAB / FOURNISSEURS D'ACCES A INTERNET

LISTES DES CLAUSES CRITIQUEES DANS LES CONTRATS FAI	(20412) AOL (36) TGI Nanterre 2.06.04 (30) CA Versailles 15.09.05 confirme + Cass 8.11.07	(21052) TISCALI (25) TGI Paris 5.04.05 (24)	(21054) FREE (26) TGI Paris 21.02.06 (26) + CA 13.02.09	(21060) 9 TELECOM (34) TGI Nanterre 3.03.06 (26)	(21053) WANADOO (France Tel.) (42) TGI Nanterre 9.02.06 (38)	(21059) NOOS (23) NUMERICAB LE TGI PARIS 15.09.09 (12)
1) Présomption de prise de connaissance et d'acceptation des <b>Conditions Générales</b> de vente du service	X (clab)		X (clab)  CA : d.s.o		X (clab)	X (3°) Spp
2) Le paiement de la 1 <sup>ère</sup> facture vaut acceptation des termes du contrat					X (clab)	
3) Point de départ du délai de rétractation à compter de l'envoi par le pro. Des CGU...		X (clil)				
4) Modification unilatérale des CGU	X (clab) Pouvoir rejeté	X (clab)			X (clab)	
5) Si modification des conditions d'inscription et à défaut de résiliation, le client est présumé accepter les modifications				X (clab)		
6) Les conditions générales d'utilisation en <u>ligne</u> prévalent sur les conditions générales imprimées		X (clab)	X (clab)  CA : d.s.o	X (clab)	X (clab)	
7) En cas de non respect des CGU par l'abonné, facturation de « <i>frais raisonnables d'avocat</i> »	X (clil)					
9) Opposabilité à l'abonné « <i>des droits et obligations</i> » consultables sur le site Internet				X (clab)		
10) Prise de connaissance du « <i>code de bonne conduite</i> » consultable sur le site Internet...dont la transgression peut avoir pour effet d'exclure le contrevenant de l'accès à Internet			X (clab)  CA : d.s.o	X (clab)	X (clab)	X (1) TGI : non
11) Obligation de souscrire l'abonnement pour une « <i>durée minimale</i> »		X (clab)  (1 an)			X (clab)	
12) Reconduction tacite du contrat par périodes égales à la période minimale					X (clab)	
	<b>AOL</b>	<b>TISCALI</b>	<b>FREE</b>	<b>9 TELECOM</b>	<b>WANADOO</b>	<b>NUMERICAB LE</b>
13) Possibilité pour le pro. de cesser la formule d'abonnement choisie par le consommateur et d'en imposer une autre	X (clil)					
14) Les <b>données personnelles</b> fournies doivent être « <i>complètes, exactes, et constamment à jour</i> » sous peine de résiliation immédiate	X (clab)					
15) Possibilité pour le pro. de transmettre les <b>informations</b> recueillies à des tiers à des fins commerciales	X (clab)	X (clil)	X (clil) CA : confirme	X (clab)	X (clab)	X (35) TGI = CLAB
16) Autorisation donnée au pro. de faire figurer ses coordonnées dans l'annuaire des adresses e-mail du pro.					X (clab)	
17) Les communications réalisées par le pro. à l'adresse e-mail principale de l'abonné sont réputées avoir été reçues et lues par lui	X (clab)	X (non)				
18) Pro. se réserve le droit de supprimer le contenu des <b>boîtes aux lettres</b> si celles-ci n'ont pas été consultées pendant plus de 90 jours		X (clab)				
19) Pro. se réserve le droit de supprimer la boîte aux lettres et son contenu en cas d'inactivité prolongée de l'abonnement		X (clab)				X (clab) TGI (6 mois)
20) L'abonné est seul responsable de l'utilisation de sa boîte aux lettres					X (non)	

21) Possibilité pour le pro. de <b>refuser la transmission</b> ou le stockage de tout message dont la taille et/ou le contenu et/ou le nombre de destinataires pourrait remettre en cause la qualité générale du service		X (clab)				
22) Possibilité pour le pro. de <b>modifier le volume</b> de stockage alloué...					X (clil)	
23) Exonération responsabilité du pro. sur l'intégrité et le contenu des <b>données</b> stockées par l'abonné	X (clab)	X (clab)			X (clab)	
24) Autorisation donnée au pro. de <b>bloquer</b> certains courriers « <i>en cas de nécessité</i> »	X (non)					
25) Obligation pour l'abonné de s'identifier par son <b>numéro téléphone</b>				X (non)		
26) Possibilité pour le pro. de modifier le numéro de téléphone attribué à l'utilisateur pour des raisons techniques			X (clab) CA : d.s.o			
27) Droit discrétionnaire du pro. de demander à l'abonné de changer de <b>pseudonyme</b>	X (clab)					
28) Possibilité pour le pro. en cours d'exécution du contrat, de modifier et/ou <b>changer</b> tout ou partie des <b>identifiants</b> , notamment pour des raisons d'ordre technique ou de sécurité			X (clil) CA : d.s.o	X (clab)		
29) Possibilité pour le pro. de supprimer l'accès au service en cas de tentative de connexion simultanée avec les mêmes identifiants					X (non)	
30) La modification des identifiants pourra faire l'objet de conditions tarifaires particulières (non déterminées)				X (clab)	X (clab)	
31) Obligation pour l'abonné de mentionner ses identifiants (login et mot de passe) dans toute correspondance, postale ou électronique			X (clab) CA : d.s.o	X (clab)		
32) Abonné seul responsable de l'utilisation du service à partir du numéro de son téléphone ou en utilisant les données personnelles d'identification de l'abonné	X (non)	X (clab)	X (clab) CA : d.s.o	X (clab)	X (non)	X TGI : non
33) En cas d' <b>utilisation frauduleuse</b> de ses identifiants, l'abonné n'est déchargé de sa responsabilité que (dans un délai d'un jour ouvrable courant) après la date mentionnée sur l'accusé de réception de la lettre de notification			X (clab) CA : d.s.o	X (clab)	X (clab)	
34) Les identifiants perdus ou volés seront remplacés par courrier, sans précision de délai, ni suspension des paiements.					X (clab)	
35) <b>Les prix</b> du service (ou tarifs des communications téléphoniques) sont <b>consultables</b> sur le site Internet (non fournis)			X (clab) CA : d.s.o	X (clab)		
36) L'utilisation du service sous entend l'acceptation par l'utilisateur de la grille tarifaire qu'il devra consulter			X (clab) CA : d.s.o			
37) Pour les temps de connexion...il est <b>ajouté forfaitairement 15 secondes</b> à chaque session	X (clab)					
38) Chaque minute de connexion est <b>facturée</b> dans son intégralité	X (clab)					
39) Possibilité pour le pro. de facturer « <i>des surcoûts de télécommunication</i> »	X (non)					
40) Facturation par la pro. de manière indéfinie et à sa discrétion, les accès au service <b>Minitel</b>					X (non)	
41) Tout accès au service Minitel effectué avec ses identifiants est réputé effectué par					X (non)	

l'abonné						
42) Possibilité pour le pro. de <b>modifier ses</b> tarifs à tout moment...ou les modalités de facturation (depuis L 9.7.04 autorisé sauf art. L121-84)	X (clab) (facturation) <b>AOL</b>	X (clab) <b>TISCALI</b>	X (clab) (tarif) <b>CA : d.s.o</b> <b>FREE</b>	X (clab) (tarif) <b>9</b> <b>TELECOM</b>	X (clab) (tarif) <b>WANADOO</b>	X TGI = CLAB (facturation) <b>NUMERICAB</b> <b>LE</b>
43) En cas de modification des tarifs, l'utilisation du service ou l'absence de résiliation vaut acceptation modification (art. L 121-84 prévoit 4 mois)	X (clil)		X (clab) <b>CA : d.s.o</b>	X (clab)		
44) Facturation d'un nouveau tarif avant acceptation et obligation au conso. de demander remboursement						X (14) Spp.
45) Obligation de paiement par <b>prélèvements</b> automatiques (ou service payant)		X (clab)	X (clab) <b>CA :</b> <b>confirme</b>	X (non) (sinon facturation 2€/mois)		X (18) TGI = CLAB (paiement 2 €)
46) Le <b>compte bancaire</b> doit obligatoirement être domicilié en France Métropolitaine	X (clab)					
47) Tout mois commencé est dû		X (clab)	X (clab)			X TGI = non
48) Possibilité pour le pro. de demander, en cours de contrat, une <b>avance sur</b> consommation et/ou un dépôt de garantie				X (clab)		X (16) + (22) TGI = CLAB
49) Toute réclamation ou <b>contestation de</b> facture doit parvenir par courrier au service client		X (clab)				
50) En l'absence de contestation de la facture dans un délai de 15 jours à compter transmission en ligne (ou de 90 jours à compter de l'apparition anomalie) le client est réputé l'avoir accepté...	X (clil) (90 jours)		X (clil) (15 jours) <b>CA : d.s.o</b>			
51) En cas de litige relatif à <b>une</b> facture, les sommes restent exigibles		X (clab)				
52) En cas de <b>retard de</b> paiement, facturation de frais de traitement...et des éventuels frais d'impayés...(sans point de départ connu)	X (clil)		X (clil) <b>CA : d.s.o</b>		X (clab)	X (21) Spp.
53) En cas de retard de paiement, les sommes dues porteront intérêts au taux de 1 fois et demi le taux d'intérêt légal	X (clab)			X (clab)	X (clab)	X (20) TGI = non
54) En cas de retard de paiement, déchéance du terme des créances					X (19)	X TGI = CLAB
55) Le <b>décompte d'impayés</b> effectué par le pro. fait <u>seul la</u> preuve des opérations ou achats réalisés par le client					X (clab)	
56) Résiliation (ou interruption du contrat) de plein droit en cas d'incident ou de retard de paiement /et sans LETTRE RECOMMANDEE AVEC ACCUSE DE RECEPTION			X (clab) <b>CA : d.s.o</b>		X (clab)	X (29) (LRAR) TGI= CLAB
57) Suspension du contrat et conservation des sommes acquises, à défaut de règlement d'une seule échéance du prix de vente					X (clab)	
58) Résiliation du contrat en cas de risque de non règlement abonnement ou frais d'utilisation	X (clil)					
59) <b>L'accès au service...</b> est possible 24H :24, 7 jours/7...sous réserve d'éventuelles <b>pannes</b> et interventions de <b>maintenance</b> ou saturation			X (clil) <b>CA : d.s.o</b>	X (clab)		
60) <b>Obligation de moyen</b> du pro. quant à l'accès au service (le pro. « <i>fera ses meilleurs efforts...</i> »)			X (clab) <b>CA : d.s.o</b>	X (clab)	X (clil)	X (30) TGI = CLAB

61) Aucune garantie n'est donnée par le pro quant aux éventuelles <u>interruption ou erreur du service</u> , aux performances ou aux résultats découlant de son utilisation...	X (clab)					
62) Possibilité pour le pro. de <b>modifier ou</b> d'interrompre certains aspects du service pour raisons techniques liées notamment à la maintenance, ou pour raisons tenant au réseau, sans indemnisation	X (clil)	X (clab)	X (clil) <b>CA : d.s.o</b>	X (clab)	X (clab)	X (11) Spp.
63) Absence d'indemnisation en cas d'interruption du service pour des travaux de maintenance ou d'amélioration du réseau				X (non)		
64) Possibilité pour le pro. d'interrompre la connexion après une certaine durée					X (clab)	
65) <b>Exonération</b> responsabilité pro. pour dommages à l'équipement ou aux données de l'abonné du fait de sa connexion	X (clab) (rejet pourvoi)	X (clab)	X (clab) <b>CA : d.s.o</b>			X (7) + (10) Spp.
66) Exonération responsabilité...de tout préjudice matériel ou immatériel direct ou indirect...tels que erreur ou perte de données		X (clab)		X (clab)	X (clab)	
67) Exonération responsabilité...pour les dommages occasionnés par une coupure du service						X (27) Spp.
68) Exonération <u>totale</u> de responsabilité du pro. du <b>contenu</b> des services accessibles par Internet...		X (clab)	X (clab) <b>CA : d.s.o</b>		X (clab)	X (25) TGI = non
69) Exonération responsabilité du pro. quant à la <b>fiabilité</b> de transmission des données, des <b>temps</b> d'accès, des éventuelles <b>restrictions</b> d'accès sur des réseaux...		X (clab)		X (clab)	X (clab)	X (31) Spp.
70) Exonération responsabilité du pro. en cas ...faits « <i>indépendants de sa volonté</i> » ou « <i>hors de son contrôle</i> »			X (clab) <b>CA : d.s.o</b>	X (clab)	X (clab)	X (36) Spp
71) Exonération de responsabilité en cas de <b>défaillance du réseau</b>				X (non)		
72) Exonération responsabilité en cas de retard de la portabilité du numéro pour laquelle le pro. a reçu mandat						X (28) TGI = CLAB
73) <b>Limitation responsabilité</b> au seul remboursement des sommes versées par l'abonné au titre des frais d'abonnement au cours des 2, 3 ou 6 derniers mois	X (clil) (6 mois)		X (clab) (2 mois) <b>CA : d.s.o</b>	X (clab) (3 mois)	X (clab) (6 mois)	X (33) (6 mois) Spp.
74) limitation responsabilité au seul remplacement CD ROM défectueux	X (clab)					
75) Les limitations et exonérations de garantie profitent aussi aux tiers fournisseurs des services	X (clab)					
76) <u>Suspension et/ou résiliation</u> immédiate et de plein droit, en cas de violation des présentes conditions générales d'utilisation	X (non) « violation grave » Pourvoi rejeté	X (clab)	X (clab) <b>Ca : d.s.o</b>	X (non) (vu réciprocité)	X (clab)	
77) Interdiction, sous peine de <b>résiliation</b> , de critiquer publiquement le FAI						X (26) Spp.
78) Si résiliation par le pro. « <i>le temps en ligne crédité...ne pourra être converti en argent liquide ou en une autre forme de crédit</i> »	X (non)					
79) Résiliation de plein droit faute de connexion au service pendant 6 mois consécutifs					X (clab)	
80) Avertissement ou suspension de l'abonnement en cas de manquements autres que graves, ou risque de perturbation	X (clab)					
81) Résiliation ou limitation du service téléphonique en cas d'augmentation excessive des consommations						X (15) Spp.
82) Résiliation par chacune des parties « <i>à tout moment et pour quelque raison que ce soit par notification écrite</i> »	X (clab) Cassé (réciproque !)					
83) L'abonné qui veut résilier doit demander, par LRAR , un formulaire de résiliation téléchargeable			X (clab) <b>CA :</b> <b>confirme</b>			

84° Interdiction de résilier avant 38 j. en cas d'inexécution pour force majeure					X (clab)	
85) Énumération limitative des cas constituant un <u>motif légitime</u> de résiliation pour le consommateur				X (clab)		X (39) Spp.
86) La résiliation par l'abonné constitue son seul droit et recours contre le pro. quand il n'est pas satisfait	X (clab)					
87) Si résiliation anticipée (même pour motifs légitimes) pour des offres avec engagements dans la durée, le client reste redevable des mensualités restant dues	X (clab)				X (clab)	
88) Obligation, en fin de période initiale, de résilier avec préavis de 2 mois commençant à courir à la fin du mois après l'envoi de la lettre RAR						X (37) Spp.
89) Prise d'effet de la résiliation à la fin du mois de réception du courrier de résiliation si, adressé avant le 20 du mois en cours...(et sinon) le mois suivant qui reste dû dans sa totalité			X (clab) <b>Ca : confirme</b>	X (clab)	X (clab)	
90) Prise d'effet de la résiliation pour cause de décès à la date de la notification de celui-ci						X (38) TGI : CLAB
91) Clause d'acceptation de toute évolution technique				X (clab)		
92) Dans le cadre des <b>forfaits illimité</b> , des <b>déconnexions</b> pourront intervenir pour des raisons inhérentes au maintien du service		X (clab)				
93) En cas d'interruption du service haut débit moins de 24 mois après le début, facturation de frais de fermeture				X (clab)		
94) En cas de diffusion du contenu sur une aire publique...le pro. dispose « d'un droit et d'une licence gratuite, perpétuelle, irrévocable et non exclusive...pour le monde entier... »	X (clil)					
95) Simple information de l'existence de <b>logiciels de contrôle</b> (parental) ayant vocation à filtrer l'accès à des sites au contenu présentant un caractère choquant pour les mineurs – sans fourniture d'un moyen		X (clab)				X (34) Spp.
96) Interdiction générale de l'envoi en masse des courriers électroniques	X (non)	X (clab)		X (?) (oublié)		
97) Extension de la définition de la force majeure				X (?) (supprimé av.ass.)		
98) L'envoi du <b>matériel ADSL</b> se fait aux risques et périls du client (transport)				X (clab)	X (clab)	
99) Possibilité pour le pro. de modifier unilatéralement les caractéristiques techniques des packs ADSL					X (clab)	
100) L'abonné utilise le logiciel et les outils de détection anti-virus (fournis par le pro) à ses risques et périls	X (clab)					
101) Les conversations téléphoniques sont enregistrées et conservées par le pro. pendant 60 jours					X (clab)	
102) Client s'interdit de « faire bénéficier des tiers de l'accès... » aux services						X (2) Spp.
103° Pro. s'autorise à prolonger durée du contrat si le client sollicite une option supplémentaire						X (4) Spp
104) Obligation pour le client de vérifier si son matériel est compatible						X (6) TGI = non
105) Restitution de la caution seulement 2 mois après reprise du matériel (ou 10 jours)						X (8) TGI : non (10 j)
106) Déduction du montant de la caution, des frais de remise en état du matériel ou d'impayé						X (9) TGI = CLAB
107) Facturation frais d'annulation rendez-vous pour assistance						X (12) Spp.
108) Dispense le pro. de réparer une panne en cas « d'irrégularité » du compte client						X (13) Spp.

Mise à jour le 1.03.10 - CB

### ANNEXE 3 : CLAB / CONTRATS DE SYNDICS

CLAUSES CRITIQUEES (contrat de syndics)	FONCIA ANDREVON	LESCENE IMMOBILIER	AGENCE HENRY +FNAIM	BOYER -TORROLLIO + FNAIM	ALPES RHONE
	TGI 18.05.09 (22)	TGI 02.02.09 (15)		TGI 02.11.09 (60)	T.G.I 27.10.08 (22)
1) Possibilité pour le syndic, en cours de CDD de « <b>mettre fin</b> à ses fonctions, pour motif légitime » à la seule condition d'en prévenir le Président du Conseil Syndical, (*1) ou sans prévoir d'AG (*2)	X CLAB			X CLAB	
2) Possibilité pour le syndic de mettre fin à ses fonctions, sans prévoir de préavis, ni motif			X		
3) <b>durée</b> de mandat avec terme indéfini (exemple : « jour de l'assemblée générale chargée d'approuver les comptes de l'exercice arrêté »)				X CLIL	
4) limite la mission du syndic par une définition contractuelle moindre que la définition légale					
5) Limitation du <b>contrôle des comptes</b> des copropriétaires à de simples sondages	X CLAB				
6) pas de <b>contrôle de l'exécution</b> des réparations d'entretien courant par le syndic, « au delà de 1.000 € »					
7) Ouverture d'un sous <b>compte bancaire</b> au nom du syndic		X CLIL		X CLIL	X CLIL
8) Présente le versement des fonds du syndicat sur <b>compte du syndic</b> comme une alternative et non une « dispense » et permet au syndic de profiter seul des fruits éventuels					
9) Autorise le syndic à s'approprier <b>les fruits</b> du compte de la copropriété (quel que soit le compte dépositaire).	X CLIL	X CLIL		X CLIL	
10) qui laisse penser que les fonds ne sont <b>pas garantis</b> s'ils sont déposés sur un compte séparé				X CLAB	
11) Met à la charge du <b>syndicat</b> les frais de <b>mise en demeure</b> adressés au copropriétaire défaillant				X CLIL	
12) Dispense de mise en demeure avant poursuite d'un copropriétaire défaillant (ne prévoyant que des « relances »)		X CLAB			
13) impute au copropriétaire défaillant des frais de <b>relance antérieurs</b> à la M.D.		X CLIL			
14)° qualifie de « frais nécessaires » les honoraires sur relance					X CLIL
15) Qualifie de « <b>frais nécessaires</b> » imputables au copropriétaire <b>défaillant</b> les <b>honoraires</b> pour « saisine du Tribunal de Grande Instance »,					
16) ....(id) pour « <b>dossier transmis à l'huissier</b> » ou « à l'avocat » et/ou « <b>débours et maintenance du dossier avocat</b> » ! (sur impayés)	X CLIL			X CLIL	X CLIL
	<b>Foncia</b>	<b>Lescene</b>	<b>Henry + Fnaim</b>	<b>Boyer + FNAIM</b>	<b>Alpes Rhone</b>

17) Assimile aux « <i>frais nécessaires</i> » de recouvrement imputables des <u>dépens</u> , ou des coûts non énumérés et déterminés		X CLIL			
18) Autorise inscription d' <b>hypothèque</b> dans des conditions non définies, et sans mise en demeure préalable par voie d'huissier		X CLIL			X CLIL
19) Prévoit comme non limitative la liste des <b>frais</b> , ou de la rémunération, donnant droit au remboursement					
20) facturation de « <b>frais administratifs</b> », pour des actes de gestion courante (copies, affranchissement,...)	X CLAB	X CLAB		X CLAB	X CLAB
21) facturation de frais pour des actes dont on ne sait s'ils sont de gestion courante.					
22) impute à l' <u>acheteur</u> des honoraires en cas de <b>vente d'un lot</b>	X CLIL				X CLIL
23) Impute à la copro. Des frais <u>autres que l'état daté</u> , en cas de vente.( par exemple : « <i>gestion de mutation de lot</i> »)				X CLIL	
24) Impute au <u>vendeur</u> des « <i>frais ou honoraires</i> » au profit du syndic, (autres que ceux relatifs à l'état daté)	X CLIL	X CLIL			X CLIL
25) impose un assureur, ou un courtier					
26) Autorise le syndic à faire appel à des <b>filiales</b> de son groupe sans autorisation expresse et préalable de l'AG	X CLIL				
27) qui prévoit l'envoi de <b>pièces annexes</b> à l'OJ d'un AG, moindres que prévu par la loi					CLIL
28) qui permet au syndic (hors urgence) d'envoyer en cas de sinistre « <i>les entreprises habituelles</i> », sans faire appel à la concurrence					X CLAB
29) qui autorise le syndic à <b>décider</b> de l'exécution de <b>travaux</b> –sauf urgence– avec le seul accord du Conseil Synd, ou seul					X CLAB
30) qui ne prévoit la conservation des <b>archives</b> que pendant 10 ans ; ou vise une durée indéterminée prétendue légale.					X CLAB
31) qui stipule une <u>compétence territoriale</u> illicite					X CLIL
32) qui assimile aux charges des frais ou honoraires pour interventions au profit d'un copropriétaire				X CLIL	
33) qui limite la mission du syndic aux sinistres DDE & DO					
34) qui prévoit que « <i>tout mois entamé est du</i> »					
<b>PRETENDUES PRESTATIONS SPECIALES</b>					
	Foncia	Lescene	Henry + Fnaim	Boyer + Fnaim	Alpes Rhone
35) Présente la liste des « <i>prestations spéciales</i> » (ou « <i>particulières</i> ») comme étant <b>non limitative</b> (« <i>toute prestation non prévisible et non prévue au contrat... pourra être facturée au temps passé...</i> »)	X CLIL				
36) classe en prestation spéciale une rémunération pour « <i>frais administratifs</i> »	X CLAB				

37) classe en PS la « <u>transmission des dossiers au nouveau syndic</u> », (successeur)	X CLAB		X	X CLAB	X CLAB
38) ... en P.S les « <u>fonds placés</u> »	X CLAB			X CLIL	
39) ... en PS la « <u>prise en charge de la copropriété</u> »	X CLAB				
40) ... en PS la reprise de compta sur comptes antérieurs non approuvés				X NON	
41) ...en PS la <u>tenue du « carnet d'entretien »</u> de l'immeuble	X CLAB				X CLAB
42) ...en PS la <u>mise à jour de la liste des copropriétaires</u>	X CLIL	X CLAB		X CLIL	
43) ...en PS <u>l'assistance à des assemblées</u> supplémentaires. ; ou « <u>AG spéciales</u> »	X NON	X NON		X NON	X NON
44) ...en PS la tenue d'une AG dans les locaux du syndic, et la facturation d'une « location » à ce titre.					
45) ...en PS la tenue d'une AG en dehors des heures normales, à discrétion du syndic				X CLAB	
46) ...en PS l'assistance aux <u>conseils syndicaux</u> « <u>supplémentaires</u> » sans autre définition	X NON	X NON		X CLIL	
47) ...en PS la <u>rédaction</u> du procès-verbal du conseil syndical				X CLIL	
48) ...en PS la <u>déclaration des sinistres</u>			X		
49) ... la <u>gestion des sinistres</u>		X CLAB		X CLAB	X CLAB
50) ... les déplacements & suivis d'expertise sur sinistres.					
51) ... la perception d'indemnités sur sinistres					
52) ... la <u>gestion du personnel</u> « <u>concierge, employé d'immeuble et personnel de surveillance</u> »	X CLAB	X CLAB			X CLAB
53) ...la gestion de la prévoyance du personnel				X CLAB	
54) ...le dossier de retraite du personnel				X CLAB	
55)... un licenciement				X CLAB	
56) ...les relations avec l'IT				X NON	
57) ...suivi d'un contrôle URSSAF				X NON	
58) ...un contentieux social avec le personnel				X NON	
59) ...le recouvrement des <u>impayés</u> (hors frais à charge du défaillant)		X CLIL	X	X CLIL	X CLAB
60) classe en P.spéciales le « <u>rejet de chèque</u> »	Foncia	Lescene	Henry+Fnam	Boyer + Fnam	Alpes Rhone
61) ... en PS la tenue ou la <u>gestion d'un compte bancaire... si séparé</u>	X CLAB	X CLIL			X CLAB
62) ... « <u>le suivi de procédure et représentation du syndicat</u> »		X CLAB	X	X CLAB	X CLAB
63) ... des <u>travaux votés</u> , même d'entretien ou sauvegarde	X CLAB	X CLAB		X CLIL	X CLAB
64) ... les travaux dus à l'urgence – ou la gestion des urgences				X CLIL	
65) ... <u>l'établissement des charges</u> (& relevés compteurs)	X CLAB		X	X NON	X CLAB
66) ... la gestion des <u>contrats d'entretien</u> postérieurs au contrat de syndic				X CLIL	
67) ... le suivi d'une <u>expertise, autre</u> que sur sinistre				X (=44)	
68)... la <u>location</u> de parties communes				X CLAB	X CLAB
69) ... le dépôt d'une <u>plainte</u> pour la copropriété					
70) ... les temps de déplacement, ou les interventions des <u>collaborateurs</u>				X CLAB	

71... les <u>consultations</u> & renseignements donnés aux <u>tiers</u> (locataires, association, ou même copropriétaires personnellement...)				X CLAB	
72) .... la remise d'un « <b>dossier d'accueil</b> »	X CLAB			X CLIL (	
73) ... des frais de « <b>relance ou rappel</b> »				X CLIL	
74) ... des frais "« <i>autres</i> » indéfinis				X CLIL	
75) ... « l' <u>établissement &amp; l'envoi des appels de fonds</u> ».					
76) ... les « <b>appels de fonds</b> » dits « <b>exceptionnels</b> »				X CLAB	
77) ... <b>l'opposition auprès du notaire</b> (en cas de vente)					
78) ... la demande de <b>subvention</b> , ou d'emprunt pour la copro		X NON		X CLAB	
79) ... la conservation / gestion des <b>archives</b>				X CLAB	
80) ... un « <b>arrêté de compte hors celui annuel</b> »					
81) ... <b>les visites</b> du syndic dans la copropriété au-delà de 4 par an ( ?)				X NON	
82) ... la « <b>gestion des vérifications périodiques</b> : sécurité incendie, D T A, I.G.H,... »				X CLIL	
83) ... la « <b>réception des membres du conseil syndical</b> »				X CLAB	
84) ... « <b>l'obtention de l'avis du conseil syndical</b> »					
85) ... la « <b>délivrance de copies</b> » sans destination, ou à des tiers au contrat.				X CLAB	
86) ... « la <b>représentation</b> du syndicat – diverses structures (syndicat secondaire, union de syndicat, A.S.L...) »				X NON	
87) ... la « <b>publication des modifications</b> du RC au fichier immobilier »				X NON	
	Foncia	Lescene	Henry + Fnaim	Boyer + Fnaim	Alpes Rhône
88) ... les « <b>notifications de travaux nécessitant l'accès aux parties privatives</b> »				X CLAB	
89) ... « <b>les actions en justice</b> »	X CLAB				
90) ... les « <b>actes d'acquisition des parties communes</b> »				X NON	
91) ... « <b>la requête en désignation d'un administrateur provisoire</b> »				X NON	
92) ... « <b>l'adaptation du RC</b> »				X NON	
93) ... l'« <b>injonction de payer</b> »				X NON	
94) ... en cas de mutation de lot, la « <b>délivrance du carnet d'entretien</b> »				X CLIL	
95) ... la mise à jour du carnet d'entretien				X NON	
96) ... la « <b>délivrance des copies des diagnostics réalisés sur les parties communes</b> »				X CLIL	
97) ... la « <b>communication des informations nécessaires à l'établissement des diagnostics</b> ».				X CLIL	
98) ... « <b>l'actualisation de l'état daté</b> »		X CLIL		X CLIL	
99) ... l'« <b>élaboration des règles relatives à composition, à organisation et au fonctionnement du CS, et les faire adopter ensuite par l'assemblée générale</b> »				X CLIL	

100) ... « <b>L'obtention des autorisations d'urbanisme : permis de construire, déclaration de travaux...</b> » sur travaux votés.				X CLIL	
101) ... les « <b>appels d'offres, études des devis et mise en concurrence pour les travaux hors budget</b> »				X CLIL	
102) ... « <b>recensement et mise en concurrence des prestataires : maître d'œuvre, coordinateur SPS, D O, contrôle technique...</b> »				X CLIL	
103) ... « <b>négociation et passation des marchés des prestataires</b> » pour travaux votés.				X CLIL	
104) ... « <b>déclaration d'ouverture de chantier (et obligations éventuelles dues au coordinateur SPS)</b> »				X CLIL	
105) ... « <b>l'organisation des interactions entre prestataires intellectuels pendant les études techniques CCTP, assurance, sécurité, etc..</b> »				X CLIL	
106) ... l'assistance aux travaux pour travaux hors budget prévisionnel ...				X CLIL	
107) ... « <b>réception des ouvrages, signature des PV, levée des réserves</b> »				X CLIL	
108) ... « <b>l'obtention sans réserve des dossiers de fin de chantier : DIUO, etc</b> »				X CLIL	
109) ... les « <b>vérifications des factures</b> » et « <b>règlement et répartition des factures</b> »				X CLIL	
110) classe en prestation spéciale « <b>l'approbation du compte travaux et compte rendu de la délégation du choix des prestataires</b> »				X CLIL	
111) ...en PS les « <b>travaux à la demande d'un copropriétaire</b> » (!)...pour prévoir une rémunération à la charge de celui-ci				X CLAB	
112) ... la « <b>garantie financière apportée par le syndic</b> »				X CLIL	
113) ...les « <b>aides aux déclarations fiscales</b> »				X CLAB	
114) ... « <b>l'indication de la TVA (à la demande d'un ou plusieurs copropriétaires)</b> »				X CLAB	
115) ... la « <b>préparation nécessitant recherches et études et analyses (exemple : cession partie commune, travaux hors budget...)</b> » des AG				X CLAB	
116) ... la « <b>notification de la convocation par remise contre émargement</b> » à l'AG				X CLAB	