

# **ATELIER DROIT DES CONTRATS, DE LA CONSOMMATION ET DU COMMERCE ELECTRONIQUE**

Présidence : Martine Behar-Touchais, professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

## **Les clauses abusives à l'épreuve de la proposition de la directive cadre sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008,**

Natacha Sauphanor-Brouillaud, professeur à l'Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines

### **Plan de l'intervention :**

Introduction

#### **I/ La mise à l'épreuve quant au champ d'application de la suppression des clauses abusives**

- A) Quant aux clauses négociées
- B) Quant aux clauses d'origine réglementaire

#### **II/ La mise à l'épreuve quant aux listes de clauses abusives**

- A) Quant au contenu des listes
- B) Quant à l'harmonisation des listes

\*

### **Contenu de l'intervention**

## **Introduction.**

Depuis le décret du 18 mars 2009, le droit français des clauses abusives et la proposition de directive cadre sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008 présentent une architecture similaire. On pourrait la comparer à un immeuble à trois étages. Mais au sein de chaque étage, les appartements français et européens ne sont pas meublés à l'identique !

Dans les deux systèmes, français et européens, figure en effet au « premier étage » une liste de clauses présumées abusives de façon irréfragable ; ce sont les clauses noires. Au deuxième étage, s'inscrit une liste de clauses présumées abusives de façon simple, c'est-à-dire sous réserve de preuve contraire apportée par le professionnel. Ce sont les clauses grises. Enfin, c'est au troisième étage que l'on trouve la définition générale qui permet au juge de déclarer abusive une clause qui ne figure ni dans la liste noire ni dans la liste grise. A cet égard, le juge est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. C'est ce qu'a jugé la CJCE dans l'arrêt Pannon du 4 juin 2009 <sup>(1)</sup>. Le juge français trouve dans l'article L 141-4 du Code de la consommation, ce relevé d'office.

La définition générale de la clause abusive retenue par la proposition de directive est déjà en vigueur au plan européen depuis la directive du 5 avril 1993. La clause abusive est celle qui, en dépit de l'exigence de bonne foi, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat <sup>(2)</sup>. L'appréciation de l'abus ne peut pas porter sur l'objet du contrat ou sur le prix sauf en cas de défaut de clarté de la clause <sup>(3)</sup>. Une harmonisation totale sur la définition générale de la clause abusive ne soulèverait donc pas de difficultés même si aujourd'hui, le Code de la consommation ne comporte pas le critère de la bonne foi. C'est cependant un critère connu du droit français commun des contrats <sup>(4)</sup>. Sur d'autres aspects en revanche, nous allons constater, pour reprendre notre image, que les appartements français et européens n'étant pas meublés à l'identique, le degré d'harmonisation de la proposition est un enjeu fondamental. Le choix initial de l'harmonisation totale ne serait peut être plus finalement proposé par la Commission européenne <sup>(5)</sup>. On se dirigerait vers une harmonisation ciblée : le degré d'harmonisation dépendrait du bénéfice pour le consommateur. Les discussions étant en cours, il importe de mesurer l'impact du degré d'harmonisation quant au champ d'application de la suppression des clauses abusives (I) et quant aux listes de clauses abusives (II).

## **I/ La mise à l'épreuve quant au champ d'application de la suppression des clauses abusives**

S'agissant du champ d'application, l'harmonisation mérite d'être discutée à l'égard de deux types de clauses : les clauses négociées (A) et les clauses d'origine réglementaire (B).

### A) Quant aux clauses négociées

Le projet de directive cadre prévoit qu'il « s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance par le professionnel ou un tiers et que le consommateur a acceptées sans avoir la possibilité d'influer sur leur teneur, en particulier lorsque ces clauses font partie d'un contrat

---

<sup>1</sup> CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08.

<sup>2</sup> COM(2008)614/4, art. 32, pt 1 ; Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, art. 3, pt 1.

<sup>3</sup> COM(2008)614/4, art. 32 ; Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, art. 4.

<sup>4</sup> Article 1134 alinéa 3 du Code civil.

<sup>5</sup> Droits des consommateurs : l'harmonisation totale n'est plus une option, Parlement européen, Communiqué de presse, 16 mars 2010.

d'adhésion » <sup>(6)</sup>. Le texte laisse entendre que la suppression des clauses abusives ne s'appliquerait pas aux clauses négociées, ce qui pour le droit français serait un recul de la protection. Pourtant, au cours des discussions, la Commission européenne a indiqué que la formule employée -« la directive s'applique »- n'est pas une formule d'exclusion. Elle n'empêcherait pas les législateurs nationaux d'appliquer la législation aux clauses négociées. Cette ambiguïté mériterait d'être levée, surtout si la directive est d'harmonisation totale. En revanche, la formulation de la directive cadre est plus explicite à l'égard d'un autre type de stipulation : les clauses d'origine réglementaire.

## B) Quant aux clauses d'origine réglementaire

Alors que la proposition de directive cadre « s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance », elle « ne s'applique pas » aux clauses contractuelles découlant de dispositions légales ou réglementaires impératives conformes au droit communautaire. La directive du 5 avril 1993 avait elle aussi écarté de son champ d'application ces clauses <sup>(7)</sup>, ces dispositions étant « censées ne pas contenir de clauses abusives » <sup>(8)</sup>. La clause d'harmonisation minimale contenue dans la directive de 1993 avait permis au législateur français de ne pas retenir cette exclusion. Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 juillet 2001, Société des eaux du Nord, le juge administratif applique expressément la législation sur les clauses abusives aux clauses d'origine réglementaire <sup>(9)</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a examiné une clause qui déclarait un usager responsable de toutes les conséquences dommageables pouvant résulter du fonctionnement d'un branchement du service des eaux. Or, ce branchement avait pour particularité d'être situé sous terre et donc d'être inaccessible au client ! Le juge administratif a considéré abusive cette clause qui était pourtant issue du règlement unilatéral de l'exécution du service public de distribution d'eau. Puisque la proposition de directive cadre exclut de son champ d'application les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives <sup>(10)</sup>, l'enjeu de l'harmonisation est fondamental quant à la possibilité de juger abusives des clauses du type de celles soumises au Conseil d'Etat. L'enjeu est également de taille quant aux listes de clauses abusives.

## **II/ La mise à l'épreuve quant aux listes de clauses abusives**

La liste noire actuellement en discussion à Bruxelles comporte 6 clauses noires. En droit français, ce sont 12 clauses qui sont interdites <sup>(11)</sup>. Le projet de liste grise comporte 17 clauses. En droit français, ce sont 10 clauses qui sont présumées abusives <sup>(12)</sup>. Si l'harmonisation totale devait être retenue, les listes noires et grises de la proposition de directive se substitueraient à celles du droit français. La position des institutions européennes semble là aussi évoluer. Il a été indiqué que « de l'avis général, les États membres pourraient conserver leurs propres listes de clauses abusives à condition qu'elles ne présentent pas d'incohérences avec la clause générale et les règles du marché intérieur » <sup>(13)</sup>. Sans passer chaque clause en revue, il suffit d'observer quelques différences de contenu des listes (A)

---

<sup>6</sup> COM(2008)614/4, art. 30, pt 1.

<sup>7</sup> Directive 93/13/CEE, art. 1, pt 2.

<sup>8</sup> Directive 93/13/CEE, consid. 13.

<sup>9</sup> CE 11 juill. 2001, Société des eaux du Nord, req. n°221458.

<sup>10</sup> COM(2008)614/4, art. 30, pt 3.

<sup>11</sup> art. R. 132-1 du Code de la consommation.

<sup>12</sup> art. R. 132-2 du Code de la consommation.

<sup>13</sup> Parlement européen, Commission du marché intérieur et de la protection du consommateur, document de travail sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, COM(2008)614/3 - 2008/0196(COD) - IMCO/6/68476, 3 mars 2010.

pour mesurer l'enjeu du degré d'harmonisation des listes (B).

### A) Le contenu des listes

S'agissant du contenu des listes, la confrontation mérite d'abord d'être opérée à l'égard des clauses noires.

L'exemple des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est à cet égard révélateur. En droit français, elles sont purement et simplement interdites<sup>(14)</sup>. Dans sa version initiale la directive n'avait interdit que les clauses qui avaient pour objet de limiter ou exclure la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de dommage corporel subi par le consommateur<sup>(15)</sup>. Le recul de la protection était incontestable. Dans la proposition actuellement en discussion a été ajoutée une nouvelle clause noire. C'est celle qui limite ou exclut la responsabilité pour les dommages aux biens du consommateur causés intentionnellement ou résultant d'une faute lourde du professionnel. L'harmonisation totale conduirait à importer en droit de la consommation deux notions jusqu'à présent inconnues de cette matière : la faute lourde et la faute intentionnelle du professionnel. Certes le juge français connaît bien ces notions. Mais précisément il les connaît parce qu'elles cristallisent un contentieux dans le droit commun des relations contractuelles, jusqu'à présent inconnu en droit de la consommation. L'harmonisation totale entrainerait une complexification au détriment du consommateur.

Par ailleurs, si l'harmonisation totale était retenue les Etats membres ne sauraient faire figurer dans la liste noire, une clause figurant dans la liste grise. C'est ainsi qu'un certain nombre de stipulations aujourd'hui interdites en droit français deviendraient simplement présumées abusives. Le recul de la protection toucherait notamment deux catégories de clauses. La première est celle des clauses qui octroient au professionnel un avantage dépourvu de réciprocité. Il en est ainsi par exemple des stipulations qui contraignent le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel pourrait ne pas exécuter les siennes<sup>(16)</sup>. La seconde catégorie regroupe toutes les clauses qui concernent la maîtrise par le professionnel de la durée du contrat : clauses de résiliation<sup>(17)</sup> ou de préavis<sup>(18)</sup> notamment. Ces deux catégories de clauses interdites en droit français pourraient du fait de l'harmonisation totale n'être que présumées abusives, le professionnel pouvant apporter la preuve contraire<sup>(19)</sup>. Il y aurait donc pour le consommateur français une régression de la protection.

Enfin, si l'harmonisation totale, un certain nombre de clauses noires ou grises en droit français ne seraient plus automatiquement illicites ou présumées abusives parce qu'elles ne sont pas répertoriées dans la directive. Par exemple, la clause qui restreint le droit du consommateur de résilier un contrat à durée indéterminée est interdite depuis le décret du 18 mars 2009<sup>(20)</sup>. Avec l'harmonisation totale, elle pourrait valablement figurer dans les contrats de consommation même si elle serait susceptible de subir le test du déséquilibre significatif contenu dans la définition générale.

---

<sup>14</sup> art. R. 132-1, 6° du Code de la consommation.

<sup>15</sup> COM(2008)614/4, Annexe II a).

<sup>16</sup> art. R. 132-1, 5° du Code de la consommation.

<sup>17</sup> art. R. 132-1, 8° du Code de la consommation.

<sup>18</sup> art. R. 132-1, 10° du Code de la consommation.

<sup>19</sup> COM(2008)614/4, Annexe III d) ; e) ; f).

<sup>20</sup> art. R. 132-1, 11°. Cette clause n'était auparavant pas répertoriée dans l'annexe de l'article L 132-1 du Code de la consommation. Elle avait cependant été jugée abusive par la Cour de cassation : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2002, N° de pourvoi: 99-20265.

Ce ne sont là que des exemples. Il est certain que si chaque pays membre vient discuter l'énumération et le classement des clauses, la proposition ne pourra jamais aboutir. Par ailleurs, les listes en projet ne sont pas entièrement dépourvues d'intérêt. La liste grise comporte 17 clauses, ce qui n'est pas négligeable. La question finalement n'est pas tant le contenu des listes ou leur couleur que le degré de leur harmonisation.

## B) L'harmonisation des listes

L'harmonisation totale se traduirait par des listes uniques applicables à tous les Etats membres. Outre le risque de régression de la protection, sur le terrain du droit de la consommation, une harmonisation totale risquerait de soulever des difficultés de conciliation avec le droit commun des contrats. Quelle solution adopter lorsqu'une clause non répertoriée par la proposition de directive est illicite dans le Code civil ? Devrait-on considérer qu'une telle disposition ne pourrait plus s'appliquer au motif qu'elle va au delà de ce que prévoit la directive ?

Autant il paraît souhaitable d'adopter une définition unique de la notion de clause abusive, autant il paraît préférable d'envisager des listes communes, applicables dans les Etats membres, en complément des listes nationales. Aussi faut-il saluer la position récente du Parlement européen envisageant d'« interdire un nombre limité de clauses abusives au niveau de l'UE et de garantir que les États membres ne conservent pas ou n'adoptent pas de dispositions divergentes dans ce domaine harmonisé relativement limité »<sup>(21)</sup>. Par ailleurs, la proposition de directive prévoyait un mécanisme de révision des listes qui aurait été soumis à un formalisme lourd, faisant intervenir un comité sur les clauses abusives, inadapté aux innovations constantes de la pratique<sup>(22)</sup>. Il semblerait cependant que cette procédure de comitologie ne soit plus à l'ordre du jour. C'est donc le signe que les discussions ne sont pas figées et qu'il est encore temps pour les consommateurs comme pour les professionnels de se faire entendre. A cet égard, une organisation professionnelle vient d'élaborer un guide pratique à destination des entreprises destiné « à éviter les clauses abusives dans les contrats de consommation »<sup>(23)</sup>. Le guide, principalement explicatif du décret du 18 mars 2009, démontre que les nouvelles listes de clauses abusives avaient suscité l'adhésion de certains professionnels. L'harmonisation totale risquerait de la remettre en cause.

Ainsi en matière de clauses abusives, la question du degré d'harmonisation est cruciale et complexe. L'harmonisation totale réduirait la protection des consommateurs, sur certains points, notamment celui des listes, mais ne serait pas inconcevable sur d'autres, tels que la définition des clauses abusives. L'ensemble des acteurs concernés a donc intérêt à se mobiliser sur ces questions pour se faire entendre des instances européennes dont la position est manifestement en train d'évoluer sur le degré d'harmonisation à retenir.

\*

---

<sup>21</sup> Parlement européen, Commission du marché intérieur et de la protection du consommateur, document de travail sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, COM(2008)614/3 - 2008/0196(COD) - IMCO/6/68476, 3 mars 2010.

<sup>22</sup> COM(2008)614/4, arts. 39 & 40.

<sup>23</sup> MEDEF, *Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation*, Guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles, mars 2010.