

# LES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT FRANÇAIS POSITIF\*

(APRÈS LA RÉFORME DU 17 MARS 2014)

HENRI TEMPLE

Cofondateur, puis directeur du Centre du droit de la consommation  
(université de Montpellier), avocat, expert international <sup>1</sup>

## EXCERDOS

*“Le droit de la consommation (et les questions d’environnement) occupe le cœur des appels à l’aide intellectuelle que les économistes lancent aux juristes”*

*“Outre les questions de sécurité des produits, de sincérité de la publicité, le problème des causes abusives est un des plus importants: il pèse fortement sur l’économie du contrat, peut pénaliser financièrement le consommateur, et fausse la concurrence”*

*“Le nouvel article préliminaire du Code de la consommation s’y prêterait: ainsi un avocat qui se déplace en train pour aller plaider effectuerait un acte de consommation par nature, bénéficiant de la même la protection que son voisin de banquette, avocat qui part en congés”*

*“Les clauses abusives noires, les plus graves, sont listées par la loi et présumées abusives de manière irréfragable (pas de preuve contraire admise)”*

*“C’est, bien sûr, dans ce cas que le droit de la consommation est le plus utile. Il s’agit de faire disparaître les clauses (noires ou grises) de la totalité des formulaires contractuels pré rédigés proposés aux consommateurs”*

*“Enfin, l’administration dispose de nouveaux pouvoirs qui lui permettent, à côté de ceux du juge, et malgré son manque de moyens humains, de faire disparaître les clauses abusives”*

**1** Parmi les grands jalons du droit de la consommation, maîtresse branche du droit économique, on rappellera les positions des grands économistes fondateurs: l'Écossais Adam Smith et le Français Jean-Baptiste Say. Pour eux le but et la fonction essentielle de toute économie est le consommateur et la consommation. En réalité toute l'économie n'a qu'un seul but: le consommateur (et aussi, suivant Keynes: l'emploi). Adam Smith est sans doute le premier à l'avoir dit nettement, reconnaissant ainsi que la place du consommateur dans l'économie est sa finalité ultime: «La consommation...est l'unique but de toute production...»<sup>2</sup>

Quant à Jean-Baptiste Say, pourfendeur de Ricardo (ce dernier ne s'intéressant guère au consommateur), il voit, dans le consommateur, un agent essentiel de l'économie (et pas seulement son but ultime), une fonction d'épargne et de demande: «... si toutes les denrées renchérisent le [consommateur] est plus pauvre... et comme la classe des consommateurs embrasse la nation toute entière...la Nation entière est plus pauvre...»<sup>3</sup>

Car l'économie ne connaît que deux fonctions: **l'offre** (elle-même alimentée par la production et le commerce), et **la demande**. Or la consommation, selon les pays et les cycles, représente de 2/3 à 3/4 de la demande totale: c'est dire son immense importance dans le mécanisme du marché et les politiques de relance.

C'est ainsi que s'est progressivement construite, dans la science économique moderne, une Théorie économique de la consommation, et qu'ont été posés les problèmes soulevés, dans un système de marché, par l'asymétrie de l'information<sup>4</sup>. Il est clair, en effet, que le marché ne peut fonctionner qu'autant qu'existe, et est maintenu, dans les rapports de négociation, un équilibre entre l'offre et la consommation. Tout le droit de la consommation a pour objet le réglage fin, constamment surveillé, de ce délicat équilibre, par les droits reconnus aux consommateurs (et effectivement sanctionnés), ou à leurs associations.

Le droit a été récemment appelé à la rescousse par de grands économistes (à la suite de la crise mondiale provoquée par les banques américaines) pour repenser, puis recomposer, l'espace socio-politique et les fondements des politiques économiques pour le monde de demain.<sup>5</sup> C'est bien justement la fonction fondamentale du droit économique (D.E) que de contenir les pulsions de l'économie spontanée, et de les faire revenir à l'équilibre rompu: le droit de la consommation en est le coeur, même si un effet grossissant et d'optique attire l'attention sur son *alter ego*, l'autre pilier du D.E, le droit de la concurrence.

En ce siècle commençant et assiégé par les craintes ou les doutes de 7 milliards d'humains, le droit de la consommation (et les questions d'environnement) occupe le cœur des appels à l'aide intellectuelle que les économistes lancent aux juristes. Encore faudrait-il que ces derniers ne se bornent pas à donner leurs réponses techniques et mécaniques, apprises à la Faculté, mais sondent enfin, à nouveau, comme aux origines, les fondements primaux les plus forts du *Jus*<sup>6</sup>. Les séquelles «révoltogènes» de l'affaire dite, euphémiquement, des *sub primes* ne sont pas apaisées dans les consciences citoyennes. Cette crise est le résultat d'un relâchement des règles légales et prudentielles (c'est à dire les ratios bancaires) en Amérique<sup>7</sup>. Le droit de la consommation, *lato sensu*, est capable d'apporter un renouvellement de l'éthique collective. Le «modèle concurrentiel de base» qui admet par hypothèse, et sans état d'âme, que toute le système repose sur le postulat de consommateurs rationnels et d'entreprises maximisant leur profit tient toute intervention de l'Etat comme indésirable. C'est une vue de l'esprit, démentie par l'observation.<sup>8</sup>

2. Le droit de la consommation, entendu non plus comme une série de textes de circonstance et à effet ciblé, mais comme une somme de règles cohérentes entre elles, rassemblées en un Code ou une loi fondamentale, et organisées en une nouvelle branche autonome du droit, est, lui, apparu en France, à l'Université de Montpellier, sous l'impulsion de mon maître, le Professeur Jean Calais-Auloy. Et le Brésil a été le premier pays précurseur à suivre ce mouvement intellectuel.

Outre les questions de sécurité des produits, de sincérité de la publicité, le **problème des causes abusives** est un des plus importants: il pèse fortement sur l'économie du contrat, peut pénaliser financièrement le consommateur, et fausse la concurrence.

Toutefois il faut restituer aux USA leur antériorité en la matière. Certes les droits européens ont tous connu le concept (un peu oublié aujourd'hui) de pactes et de clauses *léonines*, mais c'est le Uniform Commercial Code de 1962 qui viendra, à l'époque moderne, permettre au juge d'annuler des clauses déloyales et déséquilibrantes.

La Suède (1971), l'Allemagne (1976), le Royaume Uni (1977), et la France (1978) suivirent l'exemple. Enfin, l'Union européenne accueillait une synthèse, fortement inspirée du droit français, dans une première Directive du 5 avril 1993, modifiée en 2011.

Le droit français positif repose sur deux mécanismes simples:

– dans une relation bilatérale le juge pourra ou devra constater la nullité ou l'inopposabilité de la clause contestée à un consommateur victime,

– dans le cadre multilatéral du marché, le juge pourra ordonner au professionnel, sur demande judiciaire d’associations, de cesser d’utiliser ces clauses dans ses formulaires contractuels pré rédigés (en très grand nombre)

Le domaine d’application du droit des clauses abusives méritera d’être précisé, puis la notion de clauses abusives, et enfin les sanctions et leur application.

## I. Le domaine d’application des règles sur les clauses abusives

La protection de la loi est réservée aux «contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs ...» (art.L.132-1 code conso). Cette expression a soulevé une masse importante de questions et la jurisprudence, abondante, n’est pas toujours harmonisée.

**1** Par **professionnel** on entend la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d’une activité habituelle de production, de distribution, ou de prestation de services. Cela inclut des secteurs qui habituellement ne relèvent pas du droit de la consommation *stricto sensu* et sont organisés par d’autres législations ou codes: ainsi des activités immobilières, le tourisme. Toutefois les opérations sur valeurs boursières sont exclues (art. R.132-2-1 code conso). Mais, au-delà, à la lumière de la Directive européenne de 1993, sont aussi incluses les activités industrielles et commerciales du secteur public, dès lors que la relation est contractuelle (transports, énergie, eau<sup>9</sup>).

**2** La notion de **non professionnel ou consommateur**, est plus difficile encore à cerner. Toutefois la loi du 17 mars 2014 vient d’apporter quelque précision car, désormais, le Code de la Consommation définit, en son article préliminaire, le consommateur comme: «toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.»

On observera que le texte ne mentionne pas l’activité agricole: oubli ou choix?

Et, en revanche, qu’il écarte délibérément les associations en tant que personnes morales.

Toutefois, l’article L.132-1 du code de la consommation détermine le domaine d’application des règles sur les clauses abusives à l’ensemble «non professionnels **ou** consommateurs». S’agit il d’une inutile répétition, ou de deux sens différents?

La jurisprudence a été surabondante, et la doctrine s'est exprimée sur ce point<sup>10</sup>.

J'irai plus loin toutefois que l'opinion doctrinale récurrente. Je pense, en effet, que le droit de la consommation pourrait emprunter à des distinctions que l'on pratique en droit commercial entre les actes de commerce par nature et les actes de commerce par accessoire. Le nouvel article préliminaire du Code de la consommation s'y prêterait: ainsi un avocat qui se déplace en train pour aller plaider effectuerait un acte de consommation par nature, bénéficiant de la même la protection que son voisin de banquette, avocat qui part en congés. Car il y a des actes de consommation banalisés du fait qu'ils sont innombrables et que le client est dans le même cas que le consommateur. On interpréterait ainsi l'expression «**entrer dans le cadre de son activité**» de façon causaliste (*causa proxima* et non pas *causa remota*). Au plan causal, comme au plan de la théorie économique de l'acte de consommation, la solution est meilleure à tous points de vue. D'ailleurs une jurisprudence antérieure accorde la protection au professionnel qui effectue un acte *n'ayant pas un rapport direct avec la profession*<sup>11</sup>. Nous pensons qu'il n'y a pas de différence d'esprit entre: «rapport direct» et «entrer dans le cadre» de la profession.

## II. La notion de clause abusive

Tous les types de contrats sont concernés, sous quelque forme ou support qu'ils soient présentés: document papier, catalogue, facture, affiche dans les lieux de vente, internet. Mais comment y déceler les clauses abusives litigieuses? ... «Sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, ... un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties...». Cette expression, issue de la Directive de 1993, va embarrasser le juge qui préférera bien souvent, si la Commission des clauses abusives ne s'est pas encore prononcée sur ce cas, surseoir à statuer et saisir la Commission pour avis.

Toutefois, depuis la réforme de 2008, le rôle du juge est plus important et plus direct car, désormais, conformément au droit européen, la loi distingue les «clauses noires» et «clauses grises».

1. Les **clauses abusives noires**, les plus graves, sont listées par la loi et présumées abusives de manière irréfragable (pas de preuve contraire admise).

Ainsi l'article R.132-1 du code de la consommation, en énumère douze, parmi lesquelles:

- l'adhésion à des clauses non écrites,
- les modifications unilatérales du prix, des caractéristiques du bien ou de la prestation,
- suppression du droit à réparation du préjudice causé par l'objet du contrat,
- Interdiction de la résiliation en cas de non exécution du contrat,
- rétention, en dépit d'une inexécution, des sommes versées,
- fixation de délais de résiliation très longs
- imposition au consommateur de la charge de la preuve...

La clause est nulle, pas le contrat. L'appréciation du caractère abusif se fait *in concreto*

2. Les **clauses abusives grises** (R.132-2), moins graves, sont simplement présumées abusives:

- la condition potestative laissée à l'appréciation du professionnel,
- l'existence de clauses pénales et/ou de dédit au profit du seul professionnel, et pas du consommateur,
- la faculté de résiliation unilatérale sans délais suffisants,
- la modification unilatérale des clauses du contrat,
- l'obligation de recourir à l'arbitrage ou à la médiation en cas de litige.

### 3. La **Commission des clauses abusives**

La Commission (composée de professionnels, de consommateurs, de magistrats et d'universitaires) peut être saisie pour donner son avis sur des clauses courantes.

Elle peut être saisie par le Ministre, les associations de consommateurs ou de professionnels, ou se saisir d'office.

Elle rend des avis généraux, qui recommandent la cessation ou l'interdiction de clauses qu'elle estime abusives. En 35 ans la Commission a rendu près de 80 recommandations qui peuvent être consultées sur son site Internet par les consommateurs, les professionnels et les juristes.

Mais elle peut même être saie par un juge, appelé à statuer sur une demande de cessation de clause, à l'occasion d'un contentieux visant les pratique contractuelles d'une entreprise bien déterminée.

### III. Les sanctions des clauses abusives

Plusieurs situations peuvent être distinguées.

#### 1. Dans les contrats déjà conclus

Le juge, saisi par le consommateur, éventuellement aidé par une association de consommateurs, va qualifier la clause, déclarer la clause abusive et « non écrite »: inapplicable au consommateur, tandis que le contrat restera applicable et appliqué, même si la considération de la clause abusive pouvait être considérée comme une des causes importantes du consentement du professionnel. La clause est nulle, pas le contrat. L'appréciation du caractère abusif se fait *in concreto*.

Mais il faut bien reconnaître que le recours au juge est embarrassant pour la plupart des consommateurs.

#### 2. Dans la totalité des formulaires contractuels types proposés aux consommateurs

C'est, bien sûr, dans ce cas que le droit de la consommation est le plus utile. Il s'agit de faire disparaître les clauses (noires ou grises) de la totalité des formulaires contractuels pré rédigés proposés aux consommateurs. Une recommandation de la Commission des clauses abusives peut inciter le professionnel à se mettre en règle. Mais le plus souvent c'est à l'occasion d'un cas particulier, que les associations vont tenter, en justice, de faire disparaître les clauses litigieuses. Car il n'existe pas de sanctions pénales applicables.

Les actions en justice des associations de consommateurs sont assez efficaces mais, il faut le reconnaître, organisées par des textes assez compliqués. On se contentera de décrire les mécanismes les plus courants et commodes.

2.1. Aux termes de l'article L.421-6, les associations disposent d'une action en cessation et peuvent demander la suppression de la clause illicite, dans tous les contrats proposés, au besoin sous astreinte.

Réformé par la loi du 17 mars 2014, cet article permet même désormais au juge de prononcer une décision à portée générale, véritable arrêt de règlement (ce qui est contraire à la culture judiciaire française), qui consiste en une déclaration que «cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel... y compris les contrats [déjà conclus et en cours] qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner [au professionnel] d'en informer à ses frais les consommateurs concernés...».

Par ailleurs, depuis la loi du 17 mars 2014 (art.L.423-1 c.conso), une association(ou la même déjà impliquée) peut exercer une action de groupe



(class action): «agir en réparation des préjudices individuels...au nom des consommateurs...». Il est nécessaire d'alléguer:

- une situation similaire pour les divers consommateurs,
- une cause identique (manquement à la loi ou au contrat)
- un professionnel fautif identique

Les décrets d'application (et donc la mise en application de la loi) sont attendus fin 2014

**3. Enfin, l'administration dispose de nouveaux pouvoirs** qui lui permettent, à côté de ceux du juge, et malgré son manque de moyens humains, de faire disparaître les clauses abusives.

L'article L.141-1, VI, du code de la consommation donne un pouvoir d'injonction de l'administration aux professionnels pour qu'ils «suppriment toute clause illicite». On peut imaginer que tel que formulé («*illicite*») ceci ne concerne que les «clauses noires», les grises nécessitant une appréciation judiciaire? La grande nouveauté (réforme de 2014) est que, si le professionnel n'obéit pas, l'administration peut prononcer des amendes et saisir le juge pour qu'il lui soit ordonné sous astreinte, la suppression de la clause.

## Notas

\* Artigo não revisado pela equipe Bonijuris.

<sup>1</sup> Jean Calais Auloy, et Henri Temple, Droit de la consommation, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition à paraître fin 2014.

<sup>2</sup> Adam Smith, Richesse des nations, TII, Liv. IV, Chap. 8.

<sup>3</sup> Jean-Baptiste Say, Traité d'économie politique, Liv. I Chap.17.

<sup>4</sup> Stiglitz et Akerlof, Prix Nobel d'économie, 2001.

<sup>5</sup> J-E. Stiglitz, Quand le capitalisme perd la tête, Fayard, 2005; v. aussi H. Temple, Théorie générale de la nation – L'architecture du monde, L'Harmattan, 2014, p. 171 et s.

<sup>6</sup> Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, rééd. Dalloz, 2006.

<sup>7</sup> J.E Stiglitz, Le triomphe de la cupidité, LLL, 2010.

<sup>8</sup> J.E Stiglitz, Principes d'économie moderne, De Boeck, 2000, p. 26 et s.

<sup>9</sup> Conseil d'Etat, 11 juillet 2001, JCP 2001, I 370.

<sup>10</sup> Calais Auloy et Temple, op. cit. n° 178.

<sup>11</sup> Ce sont souvent les Cours d'appel qu'il faut lire car le rapport direct ou pas avec la profession est de leur compétence, sans contrôle au fond par la Cour de Cassation: Versailles, 21 janv.2005 BICC, 21 janv 2005: pour un achat de système de télésurveillance par une profession libérale.