



CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

Droit de la consommation et des pratiques commerciales

MÉMOIRE 2023

**L'effectivité de la protection contre les clauses
abusives**

CHALMEAU Clément

Sous la direction de

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha



faculté
de droit



CERGY PARIS

UNIVERSITÉ

Remerciements

*Je tenais d'abord à remercier **Madame Natacha Sauphanor-Brouillaud**, qui a dirigé ce mémoire, pour le temps précieux qu'elle m'a accordé ainsi que pour ses précieux éclaircissements.*

*Un grand merci également à **Madame Carole Aubert de Vincelles**, ainsi qu'à toute l'équipe **pédagogique du master 2 Droit de la Consommation et des Pratiques commerciales**, pour la qualité des enseignements dispensés et des événements organisés par la Chaire, qui contribuent à l'excellence de cette formation.*

*Je tiens à exprimer ma sincère reconnaissance envers toute l'équipe **du cabinet Constantin-Vallet** pour leur accueil chaleureux, leur accompagnement, leurs conseils avisés et la confiance qu'ils m'ont accordée, ce qui a renforcé ma détermination à poursuivre ma voie vers la profession d'avocat.*

*Un remerciement spécial à **Monsieur Alain Souilleaux**, pour sa bienveillance lors de mon stage l'année dernière, ainsi que pour son témoignage éclairant et ses conseils.*

*Enfin, je souhaite exprimer ma profonde gratitude à **ma famille et à mes proches** pour leur soutien inébranlable tout au long de ce parcours.*

Liste des principales abréviations

CA : Cour d'appel

Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

C.Conso : Code de la consommation

CCA : Commission des clauses abusives

CGV : Conditions générales de ventes

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CPC : Code de procédure civile

CPCE : Code de procédure civile d'exécution

DGCCRF : Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

FCA : Fédération du commerce coopératif et associé

RGPD : Règlement général sur la protection des données (UE 2016/679)

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

TJ : Tribunal judiciaire

TGI : Tribunal de grande instance

Sommaire

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Remerciements</i> | 3 |
| <i>Liste des principales abréviations</i> | 4 |
| <i>Sommaire</i> | 5 |
| INTRODUCTION | 6 |
| PARTIE 1 : LE DEPLOIEMENT DE L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES DANS L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE | 11 |
| CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES | 12 |
| Section 1 : La protection des consommateurs contre les clauses abusives | 12 |
| Section 2 : Le rayonnement de la réglementation contre les clauses abusives en dehors du champ du droit de la consommation | 19 |
| CHAPITRE 2 : LES ACTEURS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES | 27 |
| Section 1 : La protection contre les clauses abusives assurée par le juge..... | 27 |
| Section 2 : La protection contre les clauses abusives assurée par d'autres acteurs | 42 |
| PARTIE 2 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LES PERSONNES | 61 |
| CHAPITRE 1 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LES CONSOMMATEURS | 62 |
| Section 1 : La portée étendue de la protection conférée par la lutte contre les clauses abusives | 62 |
| Section 2 : Les obstacles à une protection pleinement effective | 76 |
| CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LA PARTIE FORTE | 90 |
| Section 1 : L'évolution des pratiques des professionnels..... | 90 |
| Section 2 : Le persistance des clauses abusives dans les contrats proposés par les professionnels..... | 95 |
| Conclusion générale et propositions | 108 |
| ANNEXES | 111 |
| Bibliographie | 116 |
| Liste des arrêts cités | 119 |
| Table des matières | 122 |

INTRODUCTION

1. La protection des consommateurs est un principe essentiel du droit communautaire, énoncé à l'article 169 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et l'article 38 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CFDUE). L'Union européenne doit ainsi promouvoir les intérêts des consommateurs et leur assurer un niveau élevé de protection. Selon l'article 12 du TFUE, la protection des consommateurs doit être intégrée dans tous les domaines concernés de la législation de l'Union. Elle est mise en œuvre par le droit européen dérivé, c'est-à-dire par des directives ou des règlements. C'est ainsi que la protection contre les clauses abusive a été introduite par la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993. Mais une fois cette protection décrétée, comment s'assurer qu'elle soit bien effective ?

2. L'effectivité est définie par le dictionnaire juridique du professeur CORNU comme le « *caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »¹. Il est vrai que l'effectivité d'une norme juridique est souvent entendue comme un synonyme de son application, de son respect. Sous cet angle, l'effectivité de la protection contre les clauses abusives doit être appréciée au regard de la conduite adoptée par les professionnels chargés de la respecter. La protection contre les clauses abusives serait effective si les professionnels n'ont plus recours à des clauses créant un déséquilibre significatif dans leurs contrats proposés aux consommateurs.

La protection n'est permise que par l'interdiction d'un comportement jugé néfaste. La protection contre les clauses abusives prend donc la forme d'une norme juridique prohibitive. Or, le doyen CARBONNIER distingue deux règles au sein d'une loi prohibitive : la règle de sanction (le commandement adressé aux agents de la répression) et la règle de prohibition (le commandement adressé à tous, ici aux professionnels). Cette distinction apparaît clairement dans la construction du Code de la consommation : la sanction et la prohibition sont édictées dans des articles différents. Quand une sanction est prononcée, la règle de sanction apparaît effective, mais pas la règle de prohibition. Mais quand aucune sanction n'est prononcée, ce ne veut pas forcément dire que la règle de sanction est ineffective, mais peut signifier qu'au

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018, p. 388 ; V. également : Dictionnaire Larousse, « *Effectif, effective : qui produit un effet réel* »

contraire la règle de prohibition est parfaitement effective. Comme l'expliquait CARBONNIER, dans son célèbre article *Effectivité et ineffectivité de la loi* publié en 1958, « l'absence d'infraction peut s'expliquer fort naturellement par l'action psychologique de la loi pénale. Ce qui est tout l'opposé d'une impuissance des lois : cette loi-ci peut même être dite la plus effective de toutes, quoique son accomplissement soit invisible et immatériel ».

Le professeur Luc HEUSCHLING propose ainsi de distinguer trois degrés d'effectivité². Au plus haut degré, la norme de conduite est spontanément respectée par les individus. Au deuxième niveau, la norme de conduite est transgressée mais l'État applique effectivement les normes répressives. Au troisième niveau, ni la norme de conduite, ni la norme de sanction ne sont appliquées.

L'application de la réglementation contre les clauses abusives apparaît donc difficile à analyser à travers les seules décisions de justice. En effet, un nombre élevé de décision signifierait que la sanction est appliquée, mais pas nécessairement que la réglementation est effective. Une effectivité totale se traduirait par l'absence totale de clauses abusives, et donc l'absence d'actions en justice.

3. Certains auteurs et praticiens s'intéressent également à la question de l'efficacité de la loi, entendue comme sa capacité à atteindre le but qu'elle vise tout en maximisant le bien-être économique. Il s'agit notamment de la thèse de l'*efficiency* de la *common law*, soutenue par Richard POSNER. Sur le postulat que la loi constitue une intervention de l'État dans le fonctionnement du marché, il faut s'assurer que la réglementation ne conduise pas à une situation moins efficace économiquement que ne le permettrait le libre fonctionnement du marché. Par exemple, interdire le recours à tout contrat d'adhésion constituerait certes un moyen d'assurer la protection contre les clauses abusives, mais serait une solution très peu efficace car elle porterait gravement atteinte au fonctionnement de l'économie, au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché. A cet égard, la réglementation contre les clauses abusives serait efficace si elle permet d'assurer une protection satisfaisante des consommateurs et du marché, sans conduire à de pertes au-delà de ce qui est nécessaire.

Le législateur s'est également saisi de la question de l'efficacité grâce à la pratique des évaluations. Ainsi, avant leur adoption, les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact qui consiste à définir les objectifs de la loi et évaluer notamment les conséquences économiques,

² L. HEUSCHLING, « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in *L'efficacité de la norme juridique*, Editions Bruylant, 2012, p. 35

financières, sociales et environnementales, ainsi que les coûts et bénéfices financiers attendus³. Mais la norme juridique peut également faire l'objet d'une évaluation postérieurement à son adoption. Si la pratique est moins courante, l'Union européenne consacre une place importante à l'évaluation de ses réglementations. L'article 9 de la directive 93/13/CEE prévoyait ainsi qu'un « *rapport concernant l'application de la présente directive* » soit établi par la Commission cinq ans après son adoption, ce qu'elle a fait en 2000⁴. De plus, les États-membres sont invités à réaliser des analyses sur la transposition et l'application des textes afin d'aider la Commission dans une éventuelle refonte. Le programme REFIT, lancé en 2013, vise ainsi à évaluer l'acquis réglementaire en vigueur et adopter, le cas échéant, les mesures correctives nécessaires⁵. L'objectif est notamment de « *rendre la législation de l'UE plus simple, plus ciblée et plus facile à respecter* »⁶, ce qui semble révéler une conception de l'efficacité de la norme juridique dirigée vers une dérèglementation, critiquée par certains syndicats et ONG⁷. La réglementation efficace serait celle qui permettrait d'atteindre l'objectif avec le moins de normes possibles.

En ce sens, le REFIT Fitness Check de 2017 sur les directives horizontales protectrices des consommateurs a permis d'évaluer si les objectifs de ces directives, dont la directive 93/13/CEE/CEE, « *ont été efficacement atteints et pleinement réalisés* » et si les directives ont « *efficacement atteint les objectifs de protection des consommateurs et d'intégration des marchés* »⁸. Pour réaliser cette évaluation, la Commission a notamment analysé la jurisprudence, réalisé des enquêtes auprès des parties prenantes, et consulté la doctrine universitaire. Cette évaluation s'appuie également sur une analyse coût-bénéfice prenant en compte les aspects économiques, sociaux et environnementaux. Le législateur européen est

³ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, art. 8

⁴ Commission européenne, Rapport sur l'application de la directive 93/13/CEE/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 27 avril 2000, COM/2000/0248

⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions : *Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) : résultats et prochaines étapes*, COM (2013)

⁶ UE, « REFIT – rendre la législation de l'UE plus simple, moins coûteuse et à l'épreuve du temps » sur commission.europa.eu [en ligne] [consulté le 2 juin 2023]

⁷ Fabienne PERALDI LENEUF, « L'évaluation législative : l'exemple de l'Union européenne », in *La qualité de la loi : expériences française et européenne*, sous la direction de Pierre ALBERTINI, 2015, Mare & Martin, p185

⁸ Commission européenne, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 1 – Main report, mai 2017, p. 10: “*The Fitness Check will assess whether the objectives of the covered directives have been efficiently achieved and fully delivered, and whether the directives have efficiently achieved consumer protection and market integration objectives*”.

donc à la recherche de l'efficacité de la protection contre les clauses abusives, ce qui l'a conduit à adopter la directive *omnibus* en 2019, qui a modifié les sanctions de la directive 93/13/CEE.

4. La question de l'application et de l'efficacité de la protection contre les clauses abusives a connu des développements significatifs grâce à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). En effet, les États-membres doivent veiller à garantir l'effet utile (*effectiveness*) des dispositions de l'Union européenne. En ce sens, l'article 19 du Traité sur l'Union européenne impose aux États membres d'établir des « *voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ». Ainsi, si le droit des États-membres ne permet pas aux consommateurs d'agir en faveur de la protection que leur confère le droit européen, ce dernier risque de perdre son utilité.

La CJUE s'est pleinement saisie de la question de l'effet utile de la protection conférée par la directive 93/13/CEE. En effet, pour vérifier si les droits nationaux ne font pas obstacle à l'effet utile du droit européen, la Cour applique un double test fondé sur les principes d'équivalence et d'effectivité. Elle contrôle ainsi si les modalités procédurales mises en place par les États-membres ne sont « *pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne* » (principe d'équivalence) et si « *elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* » (principe d'effectivité). Sous le prisme de la CJUE, l'effectivité est donc avant tout procédurale : c'est l'effectivité du recours en justice qui doit permettre de garantir l'effet utile de la protection contre les clauses abusives.

Partant, le droit communautaire a invité les juristes à pleinement se saisir de la notion d'effectivité. Cette notion a permis le développement d'une jurisprudence foisonnante en matière de clause abusive, qu'il conviendra d'étudier.

5. Il conviendra donc d'apprécier si la protection contre les clauses abusives est correctement appliquée, et si elle constitue une réglementation efficace. Mais analyser l'effectivité uniquement au prisme de son application et de son efficacité serait réducteur. Étudier l'effectivité d'un principe revient également à analyser sa concrétisation dans le droit positif. Plus précisément, une fois énoncé le principe de la protection contre les clauses abusives, il convient de le mettre en place dans l'ordre juridique par l'édiction de lois de transpositions et de normes d'application. Outre cette mise en œuvre directe, un principe peut rayonner dans l'environnement juridique et ainsi influencer l'évolution du droit positif. En cela il conviendra d'analyser la place prise par la protection contre les clauses abusives dans l'environnement juridique.

6. Plus largement, une réglementation, même inappliquée et inefficace, peut être effective dès lors que le comportement d'un sujet de droit est décidé en fonction de la règle de droit, même si ce n'est pas pour s'y conformer. Une partie de la sociologie juridique s'attache ainsi à étudier comment la règle est utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leurs pratiques, « *qu'il s'agisse des destinataires primaires, c'est-à-dire les individus auxquels la règle s'adresse, ou des destinataires secondaires, à savoir les autorités administratives et répressives chargées d'assurer la mise en œuvre et le contrôle de la norme* »⁹. L'effectivité d'une loi peut donc être entendue comme la capacité d'une loi à produire des effets sur les comportements des sujets de droit.

Ces effets peuvent correspondre à l'objectif poursuivi par le législateur, mais peuvent également constituer des effets pervers, c'est-à-dire des effets non désirés. Notre analyse de l'effectivité de la protection contre les clauses abusives nous conduira donc à s'intéresser à tous les effets que produit cette protection à l'égard des différents acteurs de notre environnement juridique et des destinataires de cette réglementation.

7. En tenant compte de la polysémie de la notion d'effectivité, il conviendra dans un premier temps d'analyser comment notre environnement juridique est organisé en faveur de l'effectivité de la protection contre les clauses abusives (Partie 1), et dans un second temps comment cette protection produit ses effets sur ses destinataires (Partie 2).

Note : La protection contre les clauses abusive a connu des évolutions au cours de la saga judiciaire des prêts Helvet Immo, qui a donné lieu à d'importants arrêts de la CJUE et de la Cour de cassation. Il s'agit crédits libellés en franc suisse mais payable en euros, qui sont accusés de comporter des clauses abusives. Ce contentieux sera régulièrement évoqué dans les développements, mais par souci de concision, nous ne pouvons ici en faire une présentation exhaustive. Au jour où ce mémoire est déposé, le 5 juin 2023, aucune décision définitive n'a encore été prononcée à l'encontre de ces prêts.

⁹ Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », dans Droit et société, Éditions juridiques associées, 2011/3 (n° 79), p. 715 à 732

PARTIE 1 : LE DEPLOIEMENT DE L'EFFECTIVITE
DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES
ABUSIVES DANS L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE

8. Selon la tradition juridique française, protéger les parties d'un contrat contre un déséquilibre contractuel est une anomalie. Notre environnement juridique est avant tout caractérisé par une philosophie libérale, qui se traduit dans le droit civiliste des contrats par le principe de la liberté contractuelle et le refus de contrôler la lésion. Le principe de la protection contre les clauses abusives semblait donc entrer en conflit avec l'ordre juridique. Néanmoins, au cours des dernières décennies, la protection contre les clauses abusives a pleinement pénétré l'environnement juridique, qui est devenu hostile aux clauses créant un déséquilibre trop important entre les parties et cherche à les éradiquer. L'on retrouve ainsi au sein de notre environnement juridique tout un ensemble de textes destiné à assurer l'éradication des clauses abusives (Chapitre 1), et de nombreux acteurs œuvrant à la mise en œuvre de ces textes (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

9. C'est d'abord dans le champ circonscrit du droit de la consommation que la protection contre les clauses abusives est apparue et s'est développée (Section 1). Néanmoins, cette réglementation rayonne aujourd'hui dans tous les champs de notre environnement juridique (Section 2).

Section 1 : La protection des consommateurs contre les clauses abusives

10. Il s'agira de s'intéresser d'abord à la réglementation européenne et sa transposition (§1), puis aux listes noire et grise d'origine réglementaire (§2).

§1. La réglementation européenne et sa transposition

La protection contre les clauses abusives est issue de la directive 93/13/CEE/CE (A) et a été renforcée par la directive 2019/2061 dite *omnibus* (B).

A. La directive 93/13/CEE/CEE du 5 avril 1993

11. Le texte central pour la protection contre les clauses abusives est la directive 93/13/CEE/CEE. Adopté le 5 avril 1993, ce texte affiche un double objectif : protéger les consommateurs et harmoniser les réglementations entre les États membre de la communauté européenne.

12. La lutte contre les clauses déséquilibrées n'était en effet pas inconnue de certains pays européens. En France, la loi Scrivener¹⁰ dès 1978 interdisait les clauses abusives. La lutte contre les clauses abusives était alors rendue moins ineffective face à la multiplication des contrats internationaux. Un contrat identique conclu par un consommateur français avec un professionnel français pouvait être déclaré illicite, tandis qu'il aurait été régulier s'il avait été conclu avec un professionnel italien.

¹⁰ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services

13. La directive a été transposée par la loi du 1^{er} février 1995¹¹, qui n'a pas bouleversé l'ordre juridique dès lors que la protection qu'elle prévoit était déjà intégrée dans l'ordre juridique par la loi Scrivener. Ces dispositions sont aujourd'hui intégrées dans le Code de la consommation aux articles L.212 et suivants.

14. La directive s'applique à tous les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Elle définit ce qu'est une clause abusive, en la décrivant comme toute clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur.

15. Sont en principe exclues de l'appréciation du caractère abusif les clauses qui portent sur « *la définition de l'objet principal du contrat* » ou « *l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part* ». Toutefois, le contrôle est rétabli si les clauses ne sont pas claires et compréhensibles. Cette disposition permet de sanctionner le manque de transparence dans certains contrats, tout comme l'article 5 qui prévoit une interprétation in favorem des clauses mal écrites. La jurisprudence s'est pleinement saisie de cette exigence de transparence et considère qu'une clause peut être qualifiée d'abusives par son simple manque de clarté et de compréhensibilité.

16. La directive est caractérisée par « *une approche basée sur des principes* »¹² qui lui confère une très large portée. D'une part, la directive prévoit un critère général du déséquilibre significatif, ce qui permet un test ouvert pouvant s'adapter aux nouvelles pratiques qui se développent. Par exemple, la directive a beaucoup été utilisée pour contester des clauses relatives à l'utilisation des données personnelles par les plateformes en ligne, alors que cette problématique n'existait pas en 1993¹³. D'autre part, sa protection s'étend à tous les secteurs.

17. La directive 93/13/CEE n'est limitée dans son champ d'application qu'aux contrats entre professionnels et consommateurs. Il n'existe pas de limite matérielle au champ d'application : toutes les clauses non-négociées dans les contrats de consommation sont concernées. Cette approche horizontale de la protection des consommateurs mérite d'être

¹¹ Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial

¹² Commission européenne, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 1 – Main report, mai 2017, p.71: « *principle-based approach* »

¹³ TJ Paris, 9 juin 2020, n° 16/09799, déclarant abusive la clause par laquelle Apple suggère que l'utilisateur ne peut exercer son droit d'opposition issu du RGPD

soulignée, car le droit européen de la consommation s'est principalement développé avec une prédominance sectorielle, c'est-à-dire en ciblant des secteurs d'activité ou des contextes de contractualisation particuliers. En effet, contrairement au système juridique français, marqué par l'existence de règles communes auxquelles le droit spécial déroge, le droit européen s'est construit par un empilement de textes à la portée plus ou moins générale, sans qu'un socle commun soit préalablement établi. Néanmoins, la pratique a permis d'affirmer la portée générale de la directive 93/13/CEE, qui agit « *comme un « filet de sécurité » (safety net) pour des questions qui ne sont pas expressément réglementées par la législation sectorielle de l'UE* »¹⁴. Ainsi, la réglementation européenne des clauses abusives permet d'assurer une protection aux consommateurs dans les contrats ne faisant pas l'objet de réglementation européenne spéciale, par exemple les conventions d'honoraires avec un avocat¹⁵, mais également dans les contrats spéciaux, l'existence d'une réglementation spéciale ne devant pas porter préjudice aux dispositions issues de la directive 93/13/CEE.

18. Les dispositions relatives aux clauses abusives s'appliquent également aux secteurs très réglementés régis par une autorité spéciale. Ainsi la commission des sanctions de l'ANJ peut faire appliquer le droit de la consommation aux contrats de paris en ligne¹⁶.

19. Enfin, la réglementation contre les clauses abusives a vocation à protéger les consommateurs français y compris dans les contrats conclus avec des professionnels ne relevant du droit français. En application du règlement Rome I¹⁷, le consommateur bénéficie en principe du droit de son pays d'origine dans les litiges avec un professionnel issu d'un autre État-membre, mais également d'un État tiers. Il est possible d'y déroger par une clause de choix de loi, mais c'est à la condition que les dispositions impératives plus protectrices du consommateur s'appliquent, de sorte que si le professionnel choisit de soumettre le consommateur à une loi étrangère, il ne sera porté aucun préjudice aux droits de ce dernier. Ce n'est toutefois qu'à la condition que le consommateur ait adopté un comportement passif, c'est-à-dire qu'il n'ait pas lui-même sollicité un professionnel étranger qui ne proposait pas de contrat dans le pays d'origine du consommateur.

¹⁴ Commission européenne, Résumé du bilan de qualité *Fitness Check*, 23 mai 2017, SWD (2017) 208 final.

¹⁵ V. CJUE, 22 sept. 2022, aff. C-335/21 ; CJUE, 12 janvier 2023, aff. C-395/21

¹⁶ CE, 24 mars 2021, n°431786

¹⁷ Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

B. La directive omnibus du 27 novembre 2019

20. La directive 93/13/CEE ne prévoit pas de sanction particulière au non-respect de ses dispositions. Tout au plus, elle indique que « *les clauses abusives (...) ne lient pas les consommateurs* »¹⁸, c'est-à-dire qu'elles sont non contraignantes (voir *infra* n°163 et s.). Le régime de sanction à mettre en œuvre est laissé à l'appréciation des États membres, pourvu qu'il ne contrevienne pas à l'effectivité de la protection que confère la directive aux consommateurs.

21. Afin de remédier à cette trop large liberté accordée aux États-membre, l'Union européenne a finalement adopté en 2019 une nouvelle directive, dite *omnibus*, avec l'ambition d'harmoniser les sanctions dans les États-membres et de renforcer leur effet dissuasif¹⁹.

22. La directive *omnibus* ajoute un article 8 ter à la directive 93/13/CEE. Sans imposer de sanction particulière, cet article reprend la formule classique selon laquelle les sanctions prévues par les États-membres « *doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* ». Il liste également des critères « *non exhaustifs et indicatifs* » qui doivent être pris en compte lors de l'imposition des sanctions, comme la gravité de l'infraction, le comportement du professionnel, ou les avantages obtenus.

23. Ce nouveau texte a été transposé avec l'ordonnance n°2021-1734 du 22 décembre 2021, à raison de l'habilitation donnée par la loi DDADUE²⁰. Une amende civile est créée, tandis que l'amende administrative qui existait déjà est quintuplée.

24. Ce renforcement des sanctions s'accompagne de nouveaux moyens conférés aux autorités nationales pour la traque des clauses abusives. Le règlement CPC²¹ établit ainsi un

¹⁸ Dir. 93/13/CEE/CEE, art. 6 §1

¹⁹ Dir. 2019/2161 du 27 novembre 2019, dite omnibus, modifiant la directive 93/13/CEE/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

²⁰ Loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière

²¹ Règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n°2006/2004

cadre de coopération permettant aux autorités nationales de remédier conjointement aux violations des règles en matière de protection des consommateurs à l'échelle européenne. Il pourrait ainsi faciliter la détection des clauses abusives logées au sein de contrats proposés dans plusieurs États-membres.

25. La directive omnibus met d'ailleurs en place une amende proportionnée au chiffre d'affaires pouvant être prononcée par les autorités nationales contre les professionnels poursuivis pour une infraction de grande ampleur dans le cadre d'une action coordonnée, ce qui permet de renforcer l'effectivité du règlement CPC²².

26. Ainsi, trente ans après son adoption, la directive 93/13/CEE n'a toujours pas été révisée. L'effectivité de la protection contre les clauses abusives se renforce désormais non pas par une modification du régime, mais par un renforcement des sanctions. Nonobstant, le régime des sanctions et leur effet dissuasif fera l'objet d'une analyse plus approfondie en aval de notre développement (voir *infra* n°230 et s.).

§2. Les listes noire et grise d'origine réglementaire

27. La directive 93/13/CEE est annexée d'une liste indicative et non exhaustive de clauses qui sont considérées comme abusives, telles que les clauses qui excluent ou limitent la responsabilité du professionnel en cas de faute grave ou de négligence, les clauses qui transfèrent de manière injustifiée le risque sur le consommateur ou encore les clauses qui ont pour effet d'annuler les droits légaux du consommateur. Cette liste a une portée pratique limitée, car elle n'est qu'indicative.

28. Malgré son objectif d'harmonisation, la directive 93/13/CEE est d'harmonisation minimale, ce qui autorise les États-membres à adopter des mesures plus protectrices des consommateurs²³. Dès lors, l'instauration d'une liste noire de clauses considérées comme irréfragablement abusive n'est pas contraire au droit européen. Il a été envisagé de réviser la directive 93/13/CEE afin d'instituer une liste noire à l'échelle européenne²⁴. Néanmoins, cette

²² S. BERNHEIM-DESVAUX et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs*, Contrats, conc. consom. 2022, étude 4

²³ Dir. 93/13/CEE/CEE, art. 8

²⁴ Proposition de directive du 8 octobre 2008 du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs

liste ne comportait que cinq clauses et aurait été d'harmonisation maximale, si bien que le législateur français aurait été contraint de réduire sa propre liste pour se conformer au droit européen. Face à ce risque d'abaissement de la protection des consommateurs, certains États-membres, dont la France, se sont opposés à ce texte, qui a été abandonné.

29. En France, la loi Scrivener réservait au pouvoir réglementaire le soin de désigner par décret les clauses qualifiées d'abusives. Mais, peu diligent, le gouvernement n'avait listé que deux clauses abusives dans le décret n° 78-464 du 24 mars 1978, de sorte que les juges se sont octroyé le pouvoir de qualifier une clause d'abusives (voir *infra* n°72). Ce n'est que trente ans après que le décret n° 2009-302 du 24 juin 2009 a instauré deux véritables listes de clauses abusives.

30. Une première liste, dite noire, aujourd'hui codifiée à l'article R.212-1 du Code de la consommation, désigne des clauses irréfragablement présumées abusives. Une seconde liste, dite grise, à l'article R.212-2 du Code de la consommation désigne quant à elle des clauses simplement présumées abusives, laissant au professionnel la possibilité de rapporter la preuve contraire.

31. Le pouvoir réglementaire n'a pas vraiment fait preuve d'innovation dans la désignation des clauses. Sur les douze clauses de la liste noire, dix sont issues de la liste annexée à la directive 93/13/CEE, tandis que sur les dix clauses de la liste grise, huit sont issues de cette directive. Du reste, le gouvernement désigne des clauses déjà désapprouvées par la FCA et par la jurisprudence.

32. L'interdiction formelle de certaines clauses au sein de listes permet de renforcer la sécurité juridique en permettant aux acteurs économiques de connaître concrètement certaines clauses abusives. La FCA notait en effet dans son rapport de 2001 que le fait que la protection contre les clauses abusives dépende d'une interprétation juridique de la notion générale de déséquilibre significatif était « *source d'insécurité juridique, tant pour les professionnels que pour les consommateurs* »²⁵. Ainsi, à titre préventif, les professionnels peuvent se référer aux listes pour éviter d'insérer des clauses abusives. De plus, à titre curatif, elles permettent aux consommateurs, et le cas échéant aux juges, de repérer plus aisément une clause abusive. La Commission européenne constate ainsi que les listes noires ont permis d'éradiquer certaines

²⁵ CCA, Rapport d'activité pour l'année 2001, annexe V, introduction

clauses, telles que les clauses compromissaires qui forcent le consommateur à passer devant un arbitre plutôt qu'un juge étatique²⁶.

33. Les listes ont également des vertus pédagogiques. L'étude des différentes stipulations présumées abusives a permis de déduire des sous-critères du déséquilibre significatif auxquels le juge pouvait se référer, comme le défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties ou la privation d'un droit du consommateur²⁷. Sur ce point, la docteure PEGLION-ZIKA, regrettant le manque de cohérence de ce « *catalogue de clauses* », estime dans sa thèse qu'il aurait pu être préférable de repenser les listes « *en identifiant des types de déséquilibres, des critères du déséquilibre significatif, ce qui aurait le mérite de sanctionner un plus large panel de clauses et de parer à toutes les évolutions* »²⁸.

34. Il ne faut toutefois pas confondre les clauses irréfragablement abusives avec les clauses illicites. Les clauses abusives sont prohibées parce qu'elles créent un déséquilibre significatif, tandis que les clauses illicites sont sanctionnées car elles ne respecteraient pas une disposition impérative de la réglementation. Par exemple, une clause prévoyant un taux d'intérêt usuraire est illicite. Mais à vrai dire, les acteurs de l'environnement juridique assimilent les clauses illicites à des clauses abusives. Plusieurs clauses des listes noire et grise sont par ailleurs illicites. Cette assimilation permet d'appliquer contre les clauses illicites les outils de la lutte contre les clauses abusives, telles que l'imprescriptibilité de l'action et le relevé d'office des juges, et donc d'éliminer plus facilement ces clauses. Toutefois, Mme PEGLION-ZIKA s'oppose à ce cumul des régimes, estimant notamment qu'il serait inutile et que le réputé non écrit n'est pas toujours une sanction adéquate contre les clauses illicites²⁹.

35. Si les listes permettent de renforcer la protection contre les clauses abusives en désignant les stipulations déséquilibrées les plus fréquentes et les plus graves, elles n'épuisent pas le contentieux en la matière. Elles fournissent une protection minimale mais ne peuvent prévoir tous les déséquilibres. De nouvelles clauses abusives apparaissent sans cesse en dehors du

²⁶ Commission européenne, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 1 – Main report, mai 2017, p.79 : “Black lists have helped to eradicate certain practices considered dangerous for consumers”

²⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2ème éd., 2018, n°951

²⁸ Claire-Marie PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse Paris II, sous la direction de L. LEVENEUR, 2013, n°342

²⁹ *Ibid*, n°176 et s. ; Sur l'inadéquation de la sanction V. *infra* n°177

champ des listes, notamment du fait de l'évolution des marchés et des pratiques, et de « *l'imagination des rédacteurs des contrats* »³⁰.

36. Ainsi, la protection des consommateurs contre les clauses abusives est assurée par une législation européenne disposant d'une portée étendue, mais également par des listes réglementaires plus précises. Elle permet la protection des consommateurs dans tous les contrats de consommation. Mais, signe d'une hostilité générale contre le déséquilibre significatif imposé aux parties faibles, la prohibition des clauses abusives a rayonné en dehors du champ du droit de la consommation.

Section 2 : Le rayonnement de la réglementation contre les clauses abusives en dehors du champ du droit de la consommation

37. L'hostilité de l'environnement juridique aux clauses abusives apparaît également dans le Code de commerce (§1) et dans le Code civil (§2).

§1. Les clauses abusives dans les contrats entre professionnels

38. Le déséquilibre significatif a été introduit dans les relations entre professionnels par la loi de modernisation de l'économie (dite LME) du 4 août 2008. En effet, en supprimant l'interdiction de la discrimination abusive prévue à l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, cette loi a libéralisé les négociations entre fournisseurs et distributeurs et ouvert la porte à des possibles abus. Or, l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, condamnant l'abus de la relation de dépendance économique³¹, avait été rendu ineffectif par une appréciation restrictive de la notion par la jurisprudence.

La notion de déséquilibre significatif a donc été introduite dans le droit de la concurrence dans le but de protéger les professionnels contre des partenaires qui abuseraient de la libre négociation tarifaire introduite par la loi LME. Le nouvel article L.442-1, I, 2° du Code de

³⁰ *Ibid*, n°341

³¹ L'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce prohibait le fait « *d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* » (version en vigueur jusqu'au 6 août 2008)

commerce prohibe désormais le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

39. L'influence du droit de la consommation sur le droit de la concurrence a été immédiatement remarquée et a alors fait l'objet de critiques au motif que les relations entre partenaires commerciaux ne sont pas les mêmes que celles entre un consommateur et un professionnel. Pourtant, la pratique a démontré qu'un professionnel pouvait, comme un consommateur, ne pas disposer d'un pouvoir de négociation suffisant dans ses relations avec ses partenaires, et ainsi se voir imposer des clauses déséquilibrées. Cette réalité, détrimentaire au professionnel faible, mais également *in fine* au consommateur qui souffre d'un marché dysfonctionnel, justifie que les professionnels soient protégés dans une certaine mesure contre les clauses abusives. Précisons que l'auteur de la pratique est selon les termes du texte actuel « *toute personne exerçant des activités de production, distribution et de service* », ce qui exclue par exemple les relations entre un bailleur et son locataire³². En réalité, ce sont principalement les relations entre fournisseurs et distributeurs qui sont concernées par cette disposition.

40. L'inspiration du droit de la consommation a été soulignée dès les premières procédures, lorsqu'un distributeur faisant l'objet d'une procédure en vertu de cet article a enclenché une question prioritaire de constitutionnalité, remettant en question le respect du principe de légalité des peines et délits par cette loi. En effet, la mesure est assortie d'une forte amende civile lui octroyant une nature répressive. Or la notion de « *déséquilibre significatif* » peut sembler trop indéfinie. Le Conseil constitutionnel rejeta cette argumentation par une décision du 13 janvier 2011, notamment au visa de la directive 93/13/CEE et du Code de la consommation, en constatant que « *le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire [...] l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits* ».

33

³² Com. 15 février 2018, n°17-11.239

³³ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011

41. Cette décision semblait ignorer que malgré la notion commune de « *déséquilibre significatif* », le texte du Code de commerce, contrairement à celui du Code de la consommation, n'exclue aucune clause de l'appréciation du caractère abusif. Certains auteurs y ont vu une porte ouverte à une appréciation économique du déséquilibre significatif, permettant de sanctionner les clauses lésionnaires³⁴. Ils ne s'y sont pas trompés et la Cour de cassation a ainsi admis que le juge puisse contrôler le prix pour caractériser un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties³⁵. Le Conseil constitutionnel, prenant acte de cette interprétation, a réexaminé la conformité de cette mesure au principe de légalité des délits, et l'a une nouvelle fois déclaré conforme³⁶. Une autre particularité dans l'appréciation du déséquilibre significatif en matière commerciale est qu'il fait l'objet d'une analyse globale. Ainsi, la jurisprudence reconnaît la possibilité reconnue qu'une clause déséquilibrée puisse être déclarée licite si le reste du contrat opère un rééquilibrage³⁷.

42. L'effectivité de la prohibition des clauses abusives dans les relations commerciales est sévèrement affectée par le fait qu'une partie faible qui agirait contre son partenaire commercial principal signe généralement son arrêt de mort. Dans les grandes chaînes de distributions par exemple, les petits producteurs sont souvent dans une situation de dépendance économique très forte envers leurs clients distributeurs, ce qui permet à ces derniers d'en abuser en imposant des conditions d'achat très déséquilibrées, mais ce qui dissuadent également les victimes d'agir de peur de perdre l'une de ses principaux clients. Elles n'ont finalement intérêt à agir qu'en cas de relation commerciale déjà irrémédiablement compromise.

43. Pour remédier à cette situation et permettre un contrôle plus effectif de l'application de la loi, le Code de commerce permet à certaines autorités d'agir devant un tribunal sur le fondement de l'article L.442-1 du Code de commerce. Il s'agit plus précisément du ministre de l'Économie, du ministère public et du président de l'Autorité de la Concurrence. L'action de ce dernier est assimilable à celle de la DGCCRF en droit de la consommation. En revanche, l'action du ministre de l'Économie et du ministère public, traduit une dimension d'ordre public

³⁴ R. SAINT-ESTEBEN, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », RDC 2009-3, p. 1275 s.

³⁵ Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Le Galec* : « l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

³⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-749 QPC du 30 nov. 2018

³⁷ Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan*, ; Com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera France*

bien plus forte qu'en droit de la consommation, ces autorités agissant au nom de la protection du marché. Bercy n'hésite d'ailleurs pas à communiquer sur ses actions, par exemple lorsqu'il a obtenu la condamnation d'Amazon à une amende de quatre millions d'euros en 2019³⁸.

44. Concernant les sanctions, l'on retrouve globalement le même arsenal qu'en droit de la consommation : cessation des pratiques illicites, publication du jugement, dommages-intérêts, et amende civile. Néanmoins, ces sanctions présentent des particularités qui reflètent les objectifs spécifiques de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats entre partenaires commerciaux.

45. En premier lieu, l'amende civile est beaucoup plus importante en droit de la consommation, et peut être calculée selon un coefficient appliqué aux avantages induit perçus ou au chiffre d'affaires de l'entreprise fautive³⁹.

46. En deuxième lieu, le droit de la concurrence accorde en principe une place plus importante à la force obligatoire des contrats que le droit de la consommation car il n'est pas question de réputer non-écrite les clauses litigieuses. Au contraire, le ministre de l'Économie ou le ministère public pouvaient demander la nullité de l'entier contraire. La nullité peut d'ailleurs être obtenue sans le consentement de la victime, pourvu qu'elle soit informée⁴⁰, ce qui permet une meilleure protection du marché, mais une moins bonne protection des parties faibles. Désormais, avec l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, la victime du déséquilibre peut elle aussi solliciter la nullité des clauses déséquilibrées, ce qui contribue au rapprochement de la protection de la partie faible dans une relation commerciale avec la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Notons que certaines juridictions ont même pu considérer, à tort, que la clause déséquilibrée n'était pas nulle, mais « *réputée non-écrite* »⁴¹, ce

³⁸ Françoise BRUNAGEL, « La DGCCRF inaugure à l'encontre d'Amazon son pouvoir d'injonction sous astreinte », sur www.dsavocats.com [en ligne], publié le 2 février 2023 [consulté le 2 juin 2023]

³⁹ Code de commerce, art. L.442-4 : « *Le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : -cinq millions d'euros ; -le triple du montant des avantages induit perçus ou obtenus ; -5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.* »

⁴⁰ Cons. Consti, n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011

⁴¹ V. par ex., CA Paris, 7 juin 2013, RG n°11/08674, *Netmakers c/ Antigone* ; CA Rouen, 12 décembre 2012, RG n°12/01200, *Azuki c/ Sofresid Engineering*.

qui rappelle avec force le rayonnement du droit de la consommation. Il faut toutefois considérer que la sanction est bien la nullité, ce qui exclue le régime particulier dont bénéficie le réputé non-écrit (voir *infra* n°163 et s.).

47. En troisième lieu, l'action de la victime est fondamentalement une action en responsabilité et en répétition de l'indu. La nullité de la clause n'est perçue que comme une sanction complémentaire, mais n'est pas l'objet principal de la réglementation contre les clauses abusives dans les relations entre partenaires commerciaux. La nullité peut en effet porter gravement atteinte à la sécurité juridique des relations économiques.

48. Il faut enfin préciser que le Code de commerce prévoit un mécanisme semblable à la liste noire des clauses abusives du Code de la consommation. Le nouvel article L.441-3 du Code de commerce décrit ainsi trois clauses interdites *per se*, c'est-à-dire nulles de plein droit. Toutefois l'interdiction de ces clauses préexistait à la loi LME de 2008. Elle ne relève pas d'une inspiration du droit de la consommation, mais plutôt d'une survivance des pratiques restrictives de concurrences interdites *per se* avant l'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

§2. Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion

49. Le droit de la consommation est un droit spécial, dérogeant au droit commun. Plus particulièrement, l'éradication des clauses abusives dans les contrats déroge au droit commun des contrats, régis par les dispositions du Code civil. Le droit commun des contrats a été modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il s'agissait principalement d'une codification à droit constant de grands principes établis par la jurisprudence. Toutefois, cette réforme a été l'occasion d'introduire dans le Code civil certains dispositifs encore inconnus du droit commun des contrats. Parmi ceux-ci, l'on retrouve l'apparition de la notion de « *déséquilibre significatif* ». Absente de la première version officielle du projet proposé par le ministre de la Justice en juillet 2008, elle a émergé au cours de la reprise des travaux de la réforme en 2015. C'est aujourd'hui à l'article 1171 du Code civil ⁴² que figure la condamnation en droit commun

⁴² Code civil, art.1171 (version en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2018) : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. / L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* »

des clauses qui créent « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* », formule désormais connue, identique au Code de la consommation et au Code de commerce.

50. L'article 1171 du Code civil ne prévoit aucun champ d'application personnel, de sorte qu'il s'applique aux contrats conclus entre toutes personnes. Toutefois, en vertu du principe selon lequel le spécial déroge au général, le texte n'a pas vocation à s'appliquer dans les contrats régis par l'article L.212-1 du Code de la consommation ou l'article L.442-1 du Code de commerce⁴³. Ce faisant, il subsiste un champ d'application nécessairement très réduit pour l'article 1171 du Code civil⁴⁴. Sont concernées les relations entre particuliers, les relations entre un particulier et une personne morale non-professionnelle, comme une SCI ou une association. Par ailleurs, l'article 1171 du Code civil peut être invoqué de manière résiduelle dans les relations qui ne relèvent pas de l'article L.442-1 du Code de commerce, notamment les rapports avec un professionnel libéral, les relations entre un agent commercial et son mandant, ou encore dans un contrat de location financière conclus par un restaurateur avec une société de financement⁴⁵.

51. En revanche le texte prévoit une limite très claire quant à son champ matériel : seules les clauses non-négociées d'un contrat d'adhésion sont concernées. Ainsi, même dans le droit commun, la prohibition des clauses abusives est suspendue à l'idée que dans certains contrats, une partie n'est pas en mesure de négocier les termes contractuels. Néanmoins, les notions de « *contrat d'adhésion* » et de « *clause non-négociée* » ont fait l'objet d'évolutions entre les différentes versions du texte, réduisant considérablement la portée de l'article 1171⁴⁶.

52. Le texte ne prévoit aucune définition du déséquilibre significatif, mais nul doute que la jurisprudence s'inspirera des critères établis en droit de la consommation pour apprécier le caractère abusif d'une clause, conformément à l'intention du législateur⁴⁷. En revanche, selon

⁴³ Com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782

⁴⁴ Martine BEHAR-TOUCHAIS, « Réforme du droit des contrats - Le déséquilibre significatif dans le Code civil La Semaine Juridique » - Édition générale n° 14 du 4 avril 2016

⁴⁵ Com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782

⁴⁶ V. L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat*, 2018. 262 ; N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, n° 115h2, p. 20

⁴⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : « *Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la*

le deuxième alinéa de l'article 1171, « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* », ce qui écarte le contrôle judiciaire du prix qui a été admis dans le droit de la concurrence. Cette exclusion reprend celle de l'article 4§2 de la directive 93/13/CEE et de l'alinéa 3 de l'article L.212-1 du Code de la consommation, sans toutefois que soit maintenue la possibilité d'appréciation le déséquilibre significatif d'une telle clause lorsqu'elle ne serait pas claire ou compréhensible, ce qui réduit là encore la portée du texte. En outre, il n'y a aucune liste noire ou grise de clauses présumées abusives, de sorte que le déséquilibre est laissé pleinement à l'appréciation du juge.

53. La sanction prévue est le « *réputé non-écrit* », ce qui démontre une inspiration plus fidèle au droit de la consommation que l'article L.442-1 du Code de commerce. L'action sur le fondement de l'article 1171 du Code civil ne devrait donc être enfermée dans aucun délai de prescription.

54. En revanche, l'obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause est strictement limité au champ de la directive 93/13/CEE, donc aux contrats de consommation. Le juge ne devrait donc pas être tenu de relever d'office une clause abusive au sens de l'article 1171 du Code civil, ce qui rend moins effectif la protection contre ces clauses.

55. L'effectivité de la prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion est également limitée par le champ réduit des personnes pouvant agir. En effet, l'article 1171 ne prévoit pas la possibilité pour une autorité publique d'agir sur son fondement. En outre, le texte est exclu du champ des actions collectives des associations de consommateurs. La prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion apparaît donc comme une règle d'intérêt privé, destinée à n'être invoquée que par la victime d'une telle clause.

56. Enfin, la réforme du droit des contrats a introduit un dispositif supplémentaire pour lutter contre les clauses abusives, qui consiste à sanctionner les clauses qui privent de leur substance l'obligation essentielle du débiteur. Cette disposition, reprise de la jurisprudence *Chronopost*, est codifiée à droit constant dans l'article 1170 du Code civil et s'applique à tous les types de contrats, y compris ceux conclus de gré-à-gré, et à toutes les clauses, négociables ou non. Cette disposition ne sanctionne pas le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des

consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives »

parties, mais le fait de retirer à l'une des parties les avantages attendus du contrat qui constitue le cœur de l'accord. Elle peut compléter la protection contre les clauses abusives existantes en droit spécial et s'appliquer à tous les types de contrats, y compris ceux conclus entre professionnels et les contrats de consommation. Notons toutefois que dans la jurisprudence *Chronopost* il était question d'une clause limitative de responsabilité, mais que la limitation de responsabilité d'un professionnel envers un consommateur est déjà interdite par le Code de la consommation, ce qui rend cette disposition de l'article 1170 redondante dans ce cas.

57. Ainsi désormais le droit prohibe les clauses abusives dans toutes les relations déséquilibrées : dans les contrats entre un professionnel et un consommateur, dans les rapports entre partenaires commerciaux, et dans les contrats d'adhésion entre toutes personnes. Cet empilement de texte permet d'assurer une protection plus large contre ces clauses, avec un régime spécial adapté à chaque situation. Cependant, cela ne garantit pas une uniformité dans l'interprétation de ce qui constitue une clause abusive, ce qui contrevient à l'effectivité de la protection dès lors qu'il n'est pas toujours clair d'identifier le déséquilibre significatif.

La protection contre les clauses abusives est désormais solidement intégrée dans les textes qui composent notre système juridique, restreignant la portée du principe de la liberté contractuelle. Mais la seule existence d'un cadre juridique hostile aux clauses abusives ne suffit pas à en garantir l'application. L'effectivité de la protection contre les clauses abusives ne peut être assurée que grâce à l'implication des acteurs de cet environnement juridique.

CHAPITRE 2 : LES ACTEURS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

58. L'efficacité d'un cadre juridique visant à protéger les parties prenantes des contrats commerciaux contre les clauses abusives ne repose pas uniquement sur l'existence de lois et de réglementations. Pour que ces dispositions légales soient véritablement appliquées et respectées, un écosystème complexe d'acteurs participe à la lutte contre les pratiques abusives. Dans ce chapitre, nous explorerons ainsi le rôle clé des différentes institutions et ces corps intermédiaires qui composent notre environnement juridique. Il conviendra en premier lieu de s'intéresser tout particulièrement aux tribunaux et aux juges qui les composent, en ce qu'ils sont les acteurs premiers de l'application du droit (Section 1). En second lieu, il faudra s'intéresser aux autres organismes qui ont pour mission - attribuée par l'État ou auto-proclamée - de veiller à ce que les clauses abusives ne prospèrent pas dans notre environnement (Section 2).

Section 1 : La protection contre les clauses abusives assurée par le juge

59. La place occupée par les juges dans l'application de la réglementation contre les clauses abusives peut varier d'un juge à l'autre (§1), mais les juges concernés adoptent un rôle central dans la protection contre ces clauses (§2).

§1. La place des juges dans la protection contre les clauses abusives

60. Pour appréhender pleinement la place des juges dans l'effectivité de la protection contre les clauses abusives, il convient de distinguer les juges du fond (A) et les juges supérieurs (B).

A. Les juges du fond

61. Les litiges entre les consommateurs et les professionnels relèvent principalement de la compétence du tribunal judiciaire, en vertu de sa compétence de droit commun⁴⁸. Le tribunal judiciaire peut également être saisi par les associations qui engagent une action collective et par la DGCCRF. Le juge civil est donc le principal juge des clauses abusives.

⁴⁸ Code de l'organisation judiciaire, art. L.211-3

62. Pendant longtemps, le juge d'instance était « *le juge naturel des litiges de consommation* »⁴⁹ dès lors qu'il était compétent pour tous les litiges relatifs aux crédits à la consommation, mais aussi pour tous les contentieux inférieurs à 10 000 euros. Ce juge de proximité ce trouvait ainsi saisi de la plupart des demandes de professionnels qui souhaitaient mettre à exécution un contrat conclu avec un consommateur, car, hormis les prêts immobiliers, les contrats de consommation atteignent rarement un montant supérieur à 10 000 euros. Cette attribution explique pourquoi les juges d'instance ont pris un rôle central dans le développement relevé d'office, dans une lutte contre la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁰. Néanmoins, le juge d'instance a disparu le 1^{er} janvier 2020 du fait de la fusion du tribunal d'instance avec le tribunal de grande instance au sein d'un tribunal judiciaire unique, laissant place à des chambres de proximité rattachées aux greffes d'un tribunal judiciaire d'attribution⁵¹.

Plusieurs voix, et notamment l'Association nationale des juges d'instance (ANJI), ont averti de la nécessité de conserver un magistrat maître de l'ordre public de protection propre à certaines matières, dont la consommation⁵². C'est ainsi que le gouvernement a créé le juge des contentieux et de la protection, qui a repris l'essentiel des compétences spéciales du juge d'instance, notamment les crédits à la consommation⁵³. En revanche, les litiges inférieurs à 10 000 euros sont désormais de la compétence du juge civil de droit commun, quoiqu'assorti d'une procédure plus souple, orale, et sans représentation obligatoire⁵⁴. Néanmoins, le président du tribunal judiciaire peut décider, pour des raisons d'administration judiciaire, de conférer le règlement de ces litiges à un juge de la protection et de la consommation.

63. Le juge de l'exécution connaît lui-aussi des clauses abusives lorsqu'un consommateur ayant souscrit un crédit immobilier s'oppose à une procédure d'exécution forcée engagée par son prêteur. En effet, ce type de crédit étant généralement garanti par une hypothèque, le contrat est alors conclu sous forme notarié et de ce fait constitue en lui-même un titre exécutoire

⁴⁹ David MELISON, « Le juge civil et la négociation », Revue Lamy droit des affaires, N° 180, avril 2022

⁵⁰ Etienne RIGAL, « The True Story of the Active Role of Courts in Consumer Litigation », in *National Judges and the European Court of Justice*, par E. POILLOT, p.7-16

⁵¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (JORF n°0071)

⁵² Paul BARINCOU et Emilie PECQUEUR, « Le successeur du juge d'instance » Gaz. Pal. 27 nov. 2018, n° 337x4, p. 46

⁵³ Code de l'organisation judiciaire, art. L213-4-4

⁵⁴ CPC, art. 817 et 760

pouvant fonder une procédure de saisie immobilière sans jugement préalable⁵⁵. Or, le juge de l'exécution est compétent pour les contestations relatives à la procédure d'exécution forcée, mais également pour « *les difficultés relatives aux titres exécutoires* »⁵⁶. Ce pouvoir l'autorise⁵⁷, et même l'oblige⁵⁸, à contrôler les clauses abusives du contrat de crédit hypothécaire. Le juge de l'exécution se voit ainsi investi d'un double rôle, en étant à la fois le juge de la régularité procédurale de la saisie et le juge de la validité substantielle du contrat de crédit hypothécaire. Leur rôle s'est par exemple révélé crucial dans les litiges relatifs à Helvet Immo, où certains emprunteurs poursuivis par l'institution bancaire ont pu invoquer devant ces juges la protection contre les clauses abusives⁵⁹.

Hormis le cas du crédit hypothécaire, le professionnel qui souhaite engager une procédure d'exécution forcée contre un consommateur doit d'abord obtenir un titre exécutoire⁶⁰ qui prend principalement la forme d'un jugement⁶¹, garantissant ainsi que le contrat soit examiné et validé préalablement par un juge. Dans cette situation, le juge de l'exécution n'intervient que dans un second temps, et son contrôle du titre exécutoire ne lui permet en principe pas de modifier ou d'annuler un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée⁶². Néanmoins, la CJUE s'oppose à ce principe lorsqu'il est « *susceptible de (...) vider de sa substance l'obligation incombant au juge national de procéder à un examen d'office du caractère éventuellement abusif des clauses contractuelles* »⁶³ et ainsi de priver le consommateur de la garantie de ses droits issus de la directive 93/13/CEE. Tel est le cas lorsque le jugement qui fonde la mesure exécutoire ne contient aucune motivation sur les clauses abusives, ce qui arrive fréquemment dans les injonctions de payer (voir *infra* n°94). Ainsi, le

⁵⁵ CPCE, art. L111-3, 2°

⁵⁶ COJ, art. L213-6

⁵⁷ Cass. civ. 2eme, 18 juin 2009, n°08-10.843

⁵⁸ CJUE, 26 juin 2019, aff. C-407/18, pt. 61 « *le fait que (...) le contrôle du caractère éventuellement abusif des clauses contenues dans un contrat de crédit hypothécaire, conclu entre un professionnel et un consommateur, peut être opéré non pas par le juge saisi de la demande d'exécution forcée d'un tel contrat, mais uniquement, ultérieurement et le cas échéant, par le juge du fond saisi par le consommateur d'une action en nullité de telles clauses abusives, est manifestement insuffisant pour assurer la pleine effectivité de la protection des consommateurs voulue par la directive 93/13/CEE..* »

⁵⁹ V. par ex. : TJ Lagny-sur-Marne, 5 septembre 2022, RG n°11-21-001324 ; CA Bordeaux, 4 octobre 2022, RG n° 22/00146 ; CA Grenoble, 13 décembre 2022, RG n° 19/01390

⁶⁰ CPCE art. L111-2

⁶¹ CPCE art. L111-3, 1°

⁶² Cass. civ. 1, 9 avril 2014, n°12-23.022

⁶³ CJUE, 17 mai 2022, aff. jtes C-693/19 et C-831/19, pt. 65

juge de l'exécution doit lui-même examiner le caractère abusif des clauses du contrat litigieux, lorsque la décision qui fonde la saisie ne l'a pas fait elle-même. C'est une rupture remarquable dans la place prise par le juge de l'exécution en France, qui n'a pas été pensé pour être « *un organe de recours contre la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites* »⁶⁴, mais pour centraliser les contestations procédurales relatives aux saisies. Par conséquent, le juge de l'exécution s'impose comme le dernier rempart pour assurer l'effectivité de la protection contre les clauses abusives.

64. La séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, particularité française découlant de la séparation des pouvoirs, a conduit à ce que le juge civil se déclare incompétent pour contrôler les clauses d'un règlement du service de distribution d'eau⁶⁵. Le Conseil d'État a donc admis dans la décision *Société des Eaux du Nord* du 11 juillet 2001 que les clauses réglementaires étaient soumises au respect de la législation des clauses abusives⁶⁶. En outre, le juge administratif occupe une place particulière dans la protection contre les clauses abusives, car il s'assure également que les actes administratifs n'aient pas pour effet de placer ses destinataires en situation de violer le droit des clauses abusives, qui fait partie intégrante du bloc de légalité⁶⁷. Les juges administratifs permettent donc d'assurer la protection des usagers des services publics contre les clauses abusives. Néanmoins, la portée de ce contrôle est limitée car le juge administratif tient compte de l'intérêt général et des nécessités du service public (qui peuvent se confondre avec les intérêts du concessionnaire)⁶⁸ et qu'il est peu familier du droit de la consommation, ce qui donne lieu à une application divergente des juges civils⁶⁹. Quoiqu'il en soit, ces considérations relèvent uniquement de l'ordre national, dès lors que la directive 93/13/CEE, d'harmonisation minimale, ne s'applique pas aux clauses contractuelles « *qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives* »⁷⁰.

⁶⁴ R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., 2013, Dalloz, n° 232, p. 244

⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, n° 87-10.479 P: *D. 1988. Somm. 406, obs. Aubert*

⁶⁶ CE, 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, n°221458

⁶⁷ Henri BOUILLON, « Propos dubitatifs sur l'application du droit des clauses abusives par le juge administratif, Note sous CE, 30 déc. 2015, *Société des eaux de Marseille*, n387666 », *Civitas Europa* 2016/2 (N° 37), p.221- 239

⁶⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, op.cit.*, n°904 à 906

⁶⁹ Henri BOUILLON, *op. cit.*

⁷⁰ Dir. 93/13/CEE, art. 2, c)

65. Le recours à des clauses abusives n'étant pas constitutif d'une infraction, le juge pénal ne participe pas à la protection contre les clauses abusives. Il est à noter toutefois que dans le cadre du contentieux Helvet Immo, les juridictions civiles ont parfois sursis à statuer en attendant la décision du juge pénal sur les poursuites de BNP Paribas du chef du délit de pratiques commerciales trompeuses (C. consom., art. L. 121-2 et s.) estimant notamment que cette décision permettrait de « *mieux juger du caractère abusif des clauses critiquées du contrat en raison, ou bien à défaut, de leur caractère trompeur au sens pénal* »⁷¹

B. Les juges supérieurs

66. La Cour de cassation est la juridiction supérieure de l'ordre juridictionnel civil en France. N'étant pas dotée d'une plénitude de juridiction, son contrôle est limité à l'application du droit, et elle ne peut pas remettre en cause l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond. Ainsi, elle contrôle l'identification des clauses abusives au regard des critères d'appréciation posés par la loi et la jurisprudence. Le débat des parties sur l'appréciation du caractère abusif d'une clause peut donc se poursuivre devant la Cour de cassation, ce qui fournit un recours supplémentaire aux parties et permet d'assurer et de dégager une jurisprudence uniforme en matière de clauses abusives. En outre, la Cour de cassation opère également un large contrôle sur le respect des règles procédurales, qui connaissent des aménagements importants en matière de clauses abusives (voir *infra* n°86 et s. ainsi que n°143 et s.).

67. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est la juridiction supérieure de l'Union européenne. Elle veille à l'application uniforme du droit communautaire dans tous les États-membres. Saisi d'une question préjudicielle soumise par une juridiction nationale, généralement à la demande d'une partie, la Cour de justice donne une interprétation motivée des règles de droit issues de la directive 93/13/CEE. A ce titre, elle fournit des critères d'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles, guidant les juges nationaux. Elle permet de la sorte de faciliter le développement d'une jurisprudence harmonisée entre les États-membres. Par exemple, les juges français saisis sur les contrats Helvet Immo ont pu s'inspirer des décisions rendues par la CJUE sur des contrats hongrois analogues⁷². De manière plus innovante, la CJUE interprète également les dispositions procédurales nationales pour s'assurer

⁷¹ CA Toulouse, 13 avril 2023, n° 19/01253

⁷² CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*

qu'elles ne constituent pas « *un élément susceptible d'affecter la protection juridique dont doit bénéficier le consommateur en vertu des dispositions de la directive 93/13/CEE* »⁷³.

68. La CJUE développe ainsi une jurisprudence sur les clauses abusives dans un véritable dialogue avec les juges nationaux⁷⁴. Le juge européen interprète les critères généraux, tandis que le juge national les applique en qualifiant les clauses⁷⁵. Néanmoins, la CJUE impulse des nouveaux principes parfois contradictoires avec la culture des juges nationaux, comme l'obligation de relevé d'office (voir *infra* n°86 et s.). Alors que la Cour de cassation est parfois réfractaire à modifier sa jurisprudence⁷⁶, et que le législateur peut tarder à modifier la loi, les juges du fond doivent interpréter le droit national à la lumière de la directive 93/13/CEE et de son interprétation par la CJUE. Ce principe leur permet de résister à certaines positions de la Cour de cassation qui ne seraient pas conformes au droit communautaire. Du reste, les décisions de la CJUE se traduisent généralement par des revirements de jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁷.

69. Le rôle des cours suprêmes est décisif pour l'effectivité de la protection des clauses abusives. En établissant une jurisprudence nationale, voire européenne, elles permettent de reconnaître certaines clauses comme indiscutablement abusives, dissuadant ainsi en amont les professionnels d'y avoir recours, et facilitant en aval le contrôle des contrats par les juges du fond. En effet, les clauses abusives étant souvent insérés dans des contrats reproduits en des milliers d'exemplaires pour chaque consommateur, elles donnent souvent lieu à des contentieux de masse répartis sur l'ensemble du territoire. Les arrêts des cours supérieures peuvent donc fournir une solution unifiée à cette multitude de litiges⁷⁸.

⁷³ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*, pt. 34

⁷⁴ CJUE, avis, 18 déc. 2014, n° 2/13, préc., § 176 « *la clef de voute du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités* »

⁷⁵ CJCE, 1^{er} avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG*, pt. 22

⁷⁶ La Commission européenne utilise les termes évocateurs de « résistance initiale » (*Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 1 – Main report, mai 2017, p.90)

⁷⁷ V. par ex. Cass. civ 1^{ère}, 20 février 2019, n°17-31.065 (position initiale) ; puis Cass. civ 1^{ère}, 30 mars 2022, n° 19-17.996 ; Cass. civ 1^{ère}, 20 avril 2022, n°20-16.942 (revirement)

⁷⁸ C. CONSTANTIN-VALLET, « La jurisprudence Helvet Immo redonne espoir aux emprunteurs ! » (propos recueillis par Delphine BAUER), sur actu-juridique.fr [en ligne], publié le 20 mai 2022 [consulté le 2 juin 2023], <https://www.actu-juridique.fr/id/AJU004t4>

§2. Le rôle du juge dans la protection contre les clauses abusives

70. Le juge occupe un rôle important dans la protection contre les clauses abusives car il est l'autorité compétente pour contrôler ces clauses (A). Mais il doit en outre assurer l'effectivité de la protection contre les clauses abusives par une intervention positive (B).

A. Le contrôle des clauses effectué par les juges

71. Le juge assure le contrôle des clauses qui lui sont soumises en appréciant l'existence d'un déséquilibre significatif (1), ce qui peut le conduire à effectuer un contrôle du prix (2).

1. L'appréciation du caractère abusif d'une clause

72. Initialement, l'article 35 de la loi Scrivener avait réservé le droit de contrôler le caractère abusif d'une clause au seul pouvoir réglementaire. Mais, peu diligent, ce dernier n'avait listé que deux clauses abusives dans le décret n° 78-464 du 24 mars 1978. Cette incurie explique pourquoi, au début des années 1990, le juge s'est finalement arrogé le droit d'apprécier lui-même le caractère abusif d'une clause qui n'aurait pas déjà été désignée comme telle dans un décret réglementaire⁷⁹. Ce pouvoir de contrôle a été textuellement consacré lors de transposition de la directive 93/13/CEE par la loi du 1er février 1995. En outre, le pouvoir réglementaire a désormais publié le décret du 24 juin 2009 établissant une liste noire de clauses irréfragablement abusives et une liste grise de clauses présumées abusives.

73. Il est ainsi possible de distinguer trois niveaux de contrôle par le juge, selon que la clause qui lui est soumise figure dans une des listes fixées par décret. Premièrement si la clause figure dans la liste noire, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et est seulement tenu de constater le caractère abusif de la clause litigieuse⁸⁰. Deuxièmement, si la clause figure dans la liste grise, le juge devra réputer la clause comme abusive, et son contrôle ne portera que sur la preuve contraire apportée par le professionnel. Troisièmement enfin, si la clause ne figure dans aucune des deux listes, le pouvoir de contrôle du juge est pleinement rétabli. Le juge devra alors apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif induit par la clause litigieuse.

74. Le décret du 24 juin 2009 a donc significativement encadré le pouvoir de contrôle du juge, réduit à devoir constater que la clause litigieuse entre effectivement dans l'une des

⁷⁹ Cass. civ, 1^{ère}., 14 mai 1991, n°89-20.899, *Lorthioir*, Bull. civ. I, no 153

⁸⁰ Cass. civ, 1^{ère}, 11 décembre 2019, n°18-21.164 P

catégories de clauses interdites. Ces listes permettent ainsi d'assurer une meilleure effectivité de la protection contre les clauses abusives, car elles facilitent le travail d'appréciation du juge en limitant le cadre du débat et les moyens de défense du professionnel. Néanmoins, cette apparente simplicité n'économise pas de toute procédure contradictoire, la CJUE préconisant que le professionnel doit être en mesure de pouvoir contester l'équivalence entre la clause litigieuse et les clauses listées⁸¹. Les listes sont ainsi loin de s'appliquer avec automaticité⁸².

75. Si dans un premier temps le juge constate que la clause litigieuse n'entre dans le cadre d'aucune des deux listes, il exerce dans un second temps son contrôle entier et apprécie le déséquilibre significatif de la clause. L'appréciation du juge n'est pas uniquement théorique et juridique. En vertu de l'alinéa 2 de l'article L.212-1 du Code de la consommation, elle se fait à la fois au regard des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, et au regard du contexte contractuel. Le juge doit donc se saisir des faits pour porter son appréciation : deux clauses rédigées de manière identique peuvent être abusive pour l'une et valide pour l'autre en fonction du contexte.

76. Il ressort de la jurisprudence de la CJUE que le déséquilibre significatif s'apprécie au regard de trois critères que sont l'équilibre, la bonne foi, et la transparence⁸³. En outre, la CJUE préconise d'apprécier le déséquilibre par comparaison aux règles supplétives, ce qui consiste pour le juge de s'assurer que la clause ne place pas le consommateur dans une situation moins favorable que ne le prévoyaient les dispositions supplétives⁸⁴.

77. Sans contrevenir aux critères d'appréciation issus du droit européen, le juge peut également se référer aux sous-critères induits par la liste, tels que l'unilatéralisme des droits conférés aux professionnels, ou la privation d'un droit du consommateur⁸⁵.

78. En outre, les juges se réfèrent régulièrement aux recommandations de la Commission des clauses abusives. Certes, ces dernières n'ont pas de caractère normatif et ne lient pas les

⁸¹ CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-119/15, *Biuro podróży Partner*, pt 40

⁸² V. Nicolas BALAT, « Fin de partie pour les clauses de limitation de valeur des biens dans le déménagement de consommation ? », RLDC, n°181, mai 2020

⁸³ CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation contre Amazon EU Sàrl*, pt. 65

⁸⁴ CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Aziz*, pt. 68

⁸⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, op. cit.*, n°951, p. 889

juridictions⁸⁶. Elles constituent néanmoins une source d'inspiration essentielle pour les juges, qui peuvent par ailleurs saisir la Commission pour avis⁸⁷ (voir *infra* n°102 et s.).

79. Ainsi, le juge dispose de plusieurs moyens d'analyser la clause litigieuse, ce qui lui permet de pleinement prendre compte de son caractère abusif.

2. La question du contrôle du prix

80. Le texte de la directive et de sa transposition en droit français prévoit une exclusion de taille du champ du contrôle du juge. En effet, l'article L.212-1 alinéa 3 du Code de la consommation prévoit que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses [...] ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* ». Ainsi, les clauses portant sur l'objet principal et le prix du contrat ne sont en principe pas contrôlées par le juge. Le contrôle est néanmoins rétabli dès lors que la clause n'est pas « *rédigée de façon claire et compréhensible* ». Ce contrôle constitue une rupture avec le rôle du juge en droit français.

81. Traditionnellement en effet, le juge français ne contrôle pas le prix au sein d'un contrat. Le droit civil est en effet marqué par une hostilité à l'égard de la rescision pour lésion objective, c'est-à-dire de la remise en cause d'un contrat déséquilibré. L'immixtion du juge dans la fixation du prix entre les parties est en effet perçue par de nombreux auteurs comme une atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre⁸⁸. Surtout, si les juges détenaient le pouvoir de contester les contrats au seul motif d'un prix inadéquat, cela aurait entraîné une instabilité généralisée du contrat, incompatible avec sa fonction principale en tant qu'outil clé de l'activité économique. En effet, pour être efficace, un contrat doit être prévisible et sécurisé, sinon il perd toute crédibilité. C'est pourquoi, « *plutôt que faire régner la justice dans les contrats, les rédacteurs du code civil ont voulu assurer la sécurité des transactions* »⁸⁹. L'interdiction du contrôle généralisé du prix est aujourd'hui énoncée à l'article 1168 du Code civil, aux termes duquel « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des*

⁸⁶ Cass. civ. 1ère, 13 nov 1996, n°94-17369 ; 8 novembre 2007, n°05-20.637

⁸⁷ C.Conso, art. R.882-21

⁸⁸ Martine BEHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il tué la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ? » L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence, novembre 2022, n°10, p. 4

⁸⁹ H., L. et J. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, Théorie générale, 8^e éd., 1991, Montchrestien, n° 210

prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

82. La faculté pour le juge d'apprécier le déséquilibre significatif induit par une clause portant sur le prix a ainsi pu être critiqué. Si cette faculté a été admise par le Conseil constitutionnel en droit de la concurrence, elle a été totalement exclue par le législateur lors de l'introduction du déséquilibre significatif dans le droit commun. C'est pourquoi il apparaît légitime de s'interroger sur la portée du contrôle du prix par le juge en droit de la consommation. Certains auteurs estiment que le rétablissement du contrôle en cas de clause rédigée de façon non claire ou non compréhensible n'a pas pour objet de sanctionner la lésion, mais le défaut de transparence⁹⁰. Cette analyse est corroborée par le fait que la CJUE considère que le simple défaut de transparence est constitutif d'un déséquilibre significatif en tant que tel. Ainsi, quand le juge qualifie d'abusives la clause sur le prix, il ne contrôle par l'adéquation entre le prix et la contrepartie, mais il vérifie que le consommateur a pu consentir de manière éclairée à ce prix. En d'autres termes, le consommateur n'est pas protégé contre un prix disproportionné, mais contre le défaut d'information sur ce prix disproportionné. Quant à la faute du professionnel, elle ne consiste pas à avoir proposé un contrat trop cher, mais à ne pas avoir correctement informé le consommateur sur le prix.

83. Néanmoins, le juge peut être amené à apprécier le prix du contrat lorsqu'il élimine une clause abusive portant sur le prix pour défaut de transparence, mais qu'il souhaite maintenir le contrat⁹¹. Pour corriger le déséquilibre significatif, le juge devra ainsi fixer un nouveau prix, par exemple par référence au prix courant ou aux usages⁹². Par exemple, à la suite de la suppression d'une clause imposant au client d'un avocat des indemnités en cas de dédit dans une convention d'honoraires, la cour d'appel de Paris a dû fixer le montant de la rémunération qui devait revenir à l'avocat en l'absence de la clause. Pour cela, elle a tenu compte du barème des honoraires non forfaitaires annexé à la convention, du travail effectué par l'avocat, et des revenus de la cliente⁹³.

⁹⁰ G. CHANTEPIE et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Déséquilibre significatif*, Dalloz, Répertoire droit commercial, Janvier 2022 (actualisation : Mai 2023), n°70

⁹¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, op.cit.* n°929, p. 867

⁹² C. LACHIEZE, « Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée », LPA, juillet 2002, n°131, p.4

⁹³ CA Paris, 27 nov. 2020, n° 18/00024 (pôle 2 ch. 6)

84. Du reste, le juge est rarement amené à porter son contrôle sur les clauses portant sur le prix, car la législation impose de nombreuses obligations de transparence sur la tarification. L'effectivité de la protection contre les clauses abusives portant sur le prix est donc assurée en amont, par une meilleure information des consommateurs.

B. L'intervention positive du juge pour la protection des consommateurs

85. Sous l'impulsion de la CJUE, les juges nationaux doivent relever d'office le caractère abusif d'une clause (1). Néanmoins, l'intervention du juge rencontre des difficultés pratiques (2).

1. L'affirmation du principe de l'obligation du relevé d'office des clauses abusives

86. Traditionnellement, le juge civil adopte une position en retrait de la situation litigieuse, le procès civil étant « *la chose des parties* » selon la formule courante. Le principe dispositif veut qu'il se prononce « *sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* »⁹⁴. Toutefois, il ne faut pas exagérer le rôle passif du juge, dès lors qu'il doit « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »⁹⁵ et qu'il a pour mission de « *concilier les parties* »⁹⁶.

87. Le début de l'application de la réglementation contre les clauses abusives a été marqué par le combat mené par certains juges d'instance qui constataient la présence d'irrégularités dans les contrats de crédit à la consommation et cherchaient à les écarter d'office lorsque les consommateurs mal informés et sans avocat pour les représenter ne le faisaient pas eux-mêmes. Sur ce point, le témoignage du juge d'instance Etienne RIGAL, rapporté par Emmanuel CARRERE dans son roman intitulé *D'autre vies que la mienne*, est éclairant sur le rôle actif pris par les juges pour la protection du consommateur, dans un dialogue entre les juridictions.

88. La Cour de cassation s'est initialement opposée à ce relevé d'office⁹⁷, en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE⁹⁸. En effet, pour le juge européen, la protection effective des

⁹⁴ CPC, art. 5

⁹⁵ CPC, art. 12, alinéa 2

⁹⁶ CPC, art. 21

⁹⁷ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 15 févr. 2000, n°98-12.713 et 2 oct. 2002, n° 00-10.664

⁹⁸ CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA*

consommateurs justifie que le juge national dispose de pouvoirs étendus lui permettant de soulever d'office les violations de leurs droits. La CJUE a même condamné l'interprétation française selon laquelle la forclusion pourrait être opposée au juge qui soulève d'office une règle protectrice des consommateurs⁹⁹. Mais la CJUE est allée plus loin en matière de clauses abusives. Estimant que la faiblesse juridictionnelle dans laquelle se trouve le consommateur nécessitait « *une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat* », la Cour de justice a précisé que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet¹⁰⁰.

89. Cette jurisprudence ambitieuse relève d'une vision bien spécifique du rôle du juge. Elle semble bouleverser l'ordre juridique français et sa conception de l'office du juge. Le juge ne doit pas rester dans sa traditionnelle posture passive de neutralité : pour que la protection contre les clauses abusives soit effective, il faut qu'il « *intervienne positivement* » et supplée au consommateur pour faire valoir ses droits. La compétence du juge se trouve ainsi liée. Son pouvoir devient devoir. Non seulement le professionnel ne peut pas contester un jugement dans lequel le magistrat aurait apprécié d'office le déséquilibre significatif d'une clause, mais en plus le consommateur peut exercer en recours contre une décision, voire engager la responsabilité de l'État, si le magistrat a omis de relever d'office le caractère abusif d'une clause¹⁰¹.

90. Ainsi, lorsque le juge doit examiner un contrat de consommation, il doit faire preuve de grande vigilance. Certes, la CJUE précise qu'il est obligé de faire l'examen d'office « *dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* », mais en pratique cela l'amène à devoir s'interroger constamment sur le caractère abusif ou non des clauses. D'autant que les limites de cette obligation ne sont pas claires. La CJUE est ainsi allée jusqu'à imposer que le juge national procède d'office à des mesures d'instruction afin d'établir si une clause entre dans le champ d'application de la directive¹⁰². Toutefois un arrêt récent a précisé que cet office devait rester limité à l'objet du litige et que le juge n'est pas contraint d'examiner d'office toutes les clauses d'un contrat litigieux¹⁰³.

⁹⁹ CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*

¹⁰⁰ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*

¹⁰¹ CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-168/15, *Milena Tomášová*, pt. 36

¹⁰² CJUE, 9 nov. 2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt*

¹⁰³ CJUE, 11 mars 2020, C-511/17, *Lintner*

91. Du reste, cette appréhension audacieuse de l'effectivité du droit a finalement été acceptée par les autorités françaises. L'ancien article L. 141-4 de l'ancien code de la consommation, qui prévoyait déjà la possibilité pour le juge de soulever d'office les règles de la directive 93/13/CEE/CEE, a été complété de la mention suivante : « *Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* »¹⁰⁴, ce qui correspond à une transposition de la jurisprudence *Pannon*. Par ailleurs, la Cour de cassation s'est conformée dans un arrêt de 2014 à la jurisprudence européenne¹⁰⁵.

92. Le juge national a donc intégré la conception de l'office du juge européen dans son principe, mais des difficultés pratiques empêchent sa pleine effectivité.

2. Les difficultés pratiques au relevé d'office du juge

93. En 2017, la Commission européenne a observé qu'en France, le relevé d'office n'était pas toujours pratiqué par les juges de fond, en raison d'un manque de temps, de connaissance, ou de moyens¹⁰⁶. Il est vrai que le relevé d'office requiert une solide expertise en matière de droit européen de la consommation. Or à cet égard, le juge David MELISSON, vice-président chargé du service des contentieux de la protection au tribunal judiciaire de Metz, estime que la disparition des juges d'instance est regrettable car « *le juge civil auquel est confié le reste des contentieux inférieurs à 10 000 euros n'a pas la même culture du moyen soulevé d'office* »¹⁰⁷. La spécialisation des juges, ou, à défaut, leur formation, semble donc essentielle. La Commission constate ainsi certains États membres, tels que la Lettonie, une corrélation entre la participation des juges à des formations en droit de la consommation et l'augmentation du recours au relevé d'office¹⁰⁸.

¹⁰⁴ devenu l'article R. 632-1 par l'ordonnance du 14 mars 2016

¹⁰⁵ Cass. civ. 1ère, 1er octobre 2014, n° 13-21.801

¹⁰⁶ Commission européenne, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 3 – Country report, mai 2017, p. 396: « *In practice, many lower courts however do not have the time, the knowledge or the means to review contract terms of their own motion.* ».

¹⁰⁷ David MELISSON, *op. cit.*

¹⁰⁸ Commission européenne, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 1 – Main report, mai 2017, p.91

94. En outre, la pratique du relevé d'office est particulièrement mise en difficulté par la procédure de l'injonction de payer¹⁰⁹. Il s'agit d'une procédure non contradictoire par laquelle un créancier demande au juge des contentieux et de la protection ou au président du tribunal judiciaire de lui remettre une ordonnance faisant office de titre exécutoire lui permettant d'engager une voie d'exécution forcée. Le débiteur n'est pas une partie à la procédure, et le juge se contente de vérifier, « *au vu des documents produits* », si la demande lui paraît fondée¹¹⁰. Mais compte tenu du nombre élevé de demandes injonctions de payer, qui s'élevait à près de 400 000 rien qu'en 2019¹¹¹, le juge se trouve dans l'incapacité de consacrer suffisamment de temps pour assurer un contrôle effectif des clauses abusives.

Le débiteur ne dispose que d'un mois à la suite de la réception de l'ordonnance d'injonction de payer pour former une opposition. Or, la CJUE remarque qu'il existe « *un risque non négligeable* » que le consommateur ne s'oppose pas dans les délais à une injonction de payer, notamment en raison des frais de justice et de l'information limitée que contient l'injonction¹¹². C'est pourquoi, la CJUE estime que même en l'absence d'opposition du consommateur, le juge de l'exécution saisi en vertu d'une injonction de payer peut « *ultérieurement, contrôler l'éventuel caractère abusif des clauses du contrat qui ont servi de fondement à ladite injonction* »¹¹³.

Remarquons que la loi Belloubet, votée en 2019, prévoyait la création d'une juridiction nationale des injonctions de payer (JUNIP), dans le but de dématérialiser et centraliser ce contentieux. Cette mesure risquait de réduire encore la possibilité pour un juge de relever d'office le caractère abusif des clauses. Néanmoins, le Gouvernement a finalement abrogé cette disposition en 2021 en tenant compte des inquiétudes des professionnels, magistrats et greffiers qui y ont vu « *les prémices d'une justice automatisée, dans laquelle le rôle du juge se trouverait amoindri en raison du grand nombre d'affaires à juger de manière répétitive, alors même que l'intervention du juge en la matière permet de préserver les droits de toutes les parties* »¹¹⁴.

¹⁰⁹ CPC, art. 1405 et s.

¹¹⁰ CPC, art. 1409

¹¹¹ Ministère de la Justice, « Les injonctions de payer en 2019 : de la demande à l'opposition », Infostat Justice, septembre 2020, n°178 : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_178.pdf

¹¹² CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, pt. 54

¹¹³ CJUE, 17 mai 2022, aff. C-693/19 et C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*, pt. 68

¹¹⁴ Pierre JANUEL, « Le gouvernement enterre la juridiction nationale des injonctions de payer », sur dalloz-actualite.fr [en ligne], publié le 20 mai 2021[consulté le 2 juin 2023]

95. Nonobstant, l'obligation de relever d'office le caractère abusif d'une clause alourdit le travail des juges, au risque d'allonger les procédures. D'autant que le juge doit évidemment faire respecter le contradictoire¹¹⁵, de sorte que s'il repère une clause abusive lors du délibéré, il est contraint de solliciter les parties, voire de rouvrir les débats pour que le professionnel puisse faire valoir sa défense. Cette prolongation de la période entre la saisine du juge et sa décision est regrettable, car des délais judiciaires trop importants constituent indubitablement une entrave à l'effectivité de la protection des justiciables¹¹⁶.

96. Ainsi, les juges sont au premier rang pour assurer l'effectivité des clauses abusives. Dans ces contentieux particuliers, le juge des contentieux et de la protection et le juge de l'exécution occupent une place centrale pour assurer le contrôle des clauses abusives. Le rôle des juges est de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel, grâce au développement du relevé d'office, devenu aujourd'hui une obligation. Mais pour que l'effectivité de la protection assurée par les juges soit garantie, il faut veiller à leur laisser les moyens concrets d'effectuer ce contrôle.

¹¹⁵ CPC, art. 16

¹¹⁶ Convention européenne des droits de l'homme, art. 6 §1

Section 2 : La protection contre les clauses abusives assurée par d'autres acteurs

97. Certains acteurs publics interviennent dans la lutte contre les clauses abusives (§1) mais les associations de consommateurs y occupent également un rôle central (§2).

§1. La protection assurée par les acteurs publics

98. Deux autorités sont au cœur de la lutte contre les clauses abusives : la Commission des clauses abusives (A) et la DGCCRF (B).

A. L'autorité régulatrice et consultative : la Commission des clauses abusives

99. La Commission des clauses abusives est une instance créée en France en 1978 avec la loi Scrivener. Elle est placée auprès du ministre chargé de la consommation, c'est-à-dire le ministère de l'Economie, ainsi qu'auprès de l'Institut national de la consommation. Elle dispose d'un rôle consultatif.

100. Elle est composée de treize membres nommés par arrêté du ministre chargé de la consommation pour un mandat de trois ans, renouvelable une fois. Un tiers de ces membres provient d'associations de consommateurs, un deuxième tiers représentent des professionnels, un troisième tiers est constitué de magistrats et de personnalités qualifiées, généralement choisies parmi les universitaires. Cette composition diversifiée permet à la commission de prendre en compte les intérêts de toutes les parties prenantes. Bien qu'elle bénéficie d'une certaine indépendance, notamment du fait de sa composition, elle n'est pas une autorité administrative indépendante, et encore moins une autorité publique indépendante.

101. Sa mission consiste à analyser « *les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants consommateurs ou non-professionnels* »¹¹⁷. Pour ce faire elle peut se faire communiquer tous les renseignements ou consulter sur place tous les documents qu'elle estime utiles à l'accomplissement de ses missions, sans que puissent lui être opposé le secret professionnel. Les principaux fruits de ses travaux sont les recommandations, dans lesquelles elle recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent

¹¹⁷ C. conso., art. L. 822-4

un caractère abusif¹¹⁸. Elle peut rendre également des avis sur saisine du juge¹¹⁹, bien que les tribunaux aient peu recours à cette opportunité. Elle publie également chaque année un rapport d'activité dans lequel elle procède notamment à des comparaisons entre la jurisprudence et ses recommandations ou à des propositions de modifications législatives ou réglementaires. En outre, elle publie sur son site des analyses de jurisprudence réalisées en partenariat des étudiants du Master Droit de la consommation et des pratiques commerciales de l'université de Cergy.¹²⁰

102. Depuis sa création, la commission a apporté une contribution significative dans la lutte contre les clauses abusives. En effet, après l'adoption de la loi Scrivener, le pouvoir réglementaire s'est rapidement désintéressé de la question et le juge n'avait pas encore pris la place qu'il occupe aujourd'hui dans la lutte contre les clauses abusives. Les recommandations de la Commission ont alors comblé ce vide en désignant de nombreuses clauses comm abusives, même si elles n'ont qu'une valeur de *soft law*. Même après la publication du décret du 18 mars 2009, qui a mis en place la liste noire et la liste grise des clauses présumées abusives, la CCA continue de publier régulièrement des recommandations et rapports.

103. Ses recommandations font toujours l'objet de nombreux commentaires de la doctrine et les professionnels y portent une vive attention. Elles sont régulièrement référencées et sont par exemple reproduites dans les annexes du Code de la consommation édité par LexisNexis sous la direction du professeur Laurent LEVENEUR. Elles sont considérées comme une source d'interprétation pour les juges, qui peuvent s'en inspirer pour prendre leur décision. Elles sont également un document de travail pour les autorités de contrôle. Ainsi, la recommandation n° 20-01 de la Commission des clauses abusives du 30 septembre 2020 concernant le secteur des deux-roues en libre-service a recensé non moins de 117 clauses qui avaient fait l'objet de recommandation, et a incité la DGCCRF à lancer une enquête à visée répressive contre les clauses abusives dans ce secteur en plein essor¹²¹.

¹¹⁸ C. conso., art. L. 822-6

¹¹⁹ C. conso., art. R. 822-21, al. 1

¹²⁰ "100 décisions ont été analysées et mises en ligne sur le site de la CCA grâce au partenariat avec le Master DCPC de CY Cergy Paris Université", sur [clauses-abusives.fr](https://www.clauses-abusives.fr) [en ligne], publié le 11 avril 2023 [consulté le 2 juin 2023] : <https://www.clauses-abusives.fr/2023/04/11/le-site-de-la-cca-senrichit-de-40-analyses-de-jurisprudences/>

¹²¹ CCA, Recommandation N°20-01, Contrats de location de moyens de transports individuels en libre-service, 2 juillet 2020

104. Si la Commission des clauses abusives est un organe consultatif, elle semble de plus en plus adopter le rôle d'un régulateur. Certes, la méconnaissance des recommandations de la Commission n'est nullement un motif de cassation dès lors qu'il ne s'agit pas d'une règle de droit.¹²² De même, le Conseil d'État estime ainsi que ses recommandations n'édicte pas des règles qui s'imposeraient aux particuliers ou aux autorités publiques, mais qu'elles se contentent de mettre en garde les professionnels en les invitant à supprimer ou modifier les clauses susceptibles d'être abusives. Dès lors, ces recommandations, qui ne sont pas des décisions administratives faisant grief, ne peuvent être contestées par un recours en excès de pouvoir¹²³.

Toutefois, dans les arrêts *Fairvesta et Numéricâble* du 21 mars 2016, le Conseil d'État a révisé sa jurisprudence sur le droit souple et admis que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans le cadre de leurs missions réglementaires, puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir « *lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* ». Si une telle interprétation venait à être étendue aux recommandations de la Commission des clauses abusives, l'effectivité de la protection contre les clauses abusives pourraient s'en retrouver renforcée. En effet, en permettant aux destinataires des recommandations de les contester, le juge administratif consoliderait en contrepartie la légitimité et l'influence de la CCA¹²⁴. A cet égard, remarquons que Twitter avait demandé, en vain, au tribunal de grande instance de Paris qu'il sursoit à statuer afin que le Tribunal administratif de Paris se prononce sur la validité de la Recommandation n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux des débats¹²⁵.

105. Du reste, l'ensemble des recommandations, avis et rapports de la Commission des clauses abusives forme un corpus qui a permis à la doctrine et aux juges de dégager des critères permettant de mieux délimiter ce qui caractérise une clause abusive.

Par exemple, la CCA a toujours été particulièrement sévère contre les clauses dites unilatérales. En effet, rien n'est plus déséquilibré qu'une clause qui ne réserve un droit ou une obligation que pour une partie seulement. Cette hostilité à l'égard de l'unilatéralisme a été

¹²² Cass. civ. 1ère., 13 nov. 1996, n°94-17.369, Bull. civ. I, no 399

¹²³ CE, 16 janv. 2006, n°274721 et n°274722

¹²⁴ Nicolas MATHEY, « Statut de la Commission des clauses abusives : nature de la Commission et de ses actes », dans *Le Lamy droit économique*, n°5387, actualisé en novembre 2022

¹²⁵ TGI Paris, 7 août 2018, RG n° 14/07300

consacrée par le décret du 18 mars 2019, inspiré de l'avis de la CCA. En effet, cinq clauses sur douze de la liste noire présumées irréfragablement abusives en raison de leur caractère unilatéral, ou de leur absence de réciprocité¹²⁶. Il faut compter également une clause de la liste grise¹²⁷. Ainsi la CCA a contribué à interdire l'unilatéralisme dans les contrats de consommation, ce qui rend plus effective la protection des consommateurs.

Par ailleurs, la CCA s'oppose aux clauses dites de « *laisser croire* » car elles peuvent induire en erreur le consommateur sur l'étendue de ses droits. Dans sa recommandation N°21-01 relative aux contrats de crédit à la consommation, la CCA a ainsi recommandé l'élimination de cinq types de clauses qui peuvent laisser croire au consommateur que ses droits sont limités, par exemple en laissant croire que l'exercice du droit de rétractation nécessite d'utiliser un bordereau détachable fourni avec le contrat¹²⁸. Partant, la CCA incite les professionnels et les autorités à être vigilants non seulement sur le contenu des obligations énoncées par les contrats, mais aussi sur leur formulation. La CCA est confortée dans son interprétation par la jurisprudence de la CJUE qui intègre la transparence dans les critères du déséquilibre et estime que « *le caractère abusif d'une (...) clause peut découler d'une formulation ne satisfaisant pas à l'exigence d'une rédaction claire et compréhensible* »¹²⁹

106. La CCA assure un rôle consultatif de portée générale : à partir d'une analyse de contrats individuels elle produit des recommandations de portée générale. Toutefois, pour accroître son rôle dans l'effectivité de la protection contre les clauses abusives, certains souhaiteraient qu'elle puisse contrôler directement des contrats ou des projets de contrats, afin de valider leur mise en circulation, comme le fait par exemple l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), organisme privé d'autorégulation fournissant des avis et des conseils sur les projets de publicité avant leur diffusion, ou l'*Office of Fair Trading*, équivalent de la DGCCRF au Royaume-Uni. Néanmoins, ce serait un changement profond du rôle de la Commission, auquel s'opposait son président en 2009.¹³⁰ De même, si certains souhaiteraient qu'elle puisse devenir une véritable autorité régulatrice, capable de sanctionner et d'émettre des actes normatifs, comme peuvent l'être l'AMF ou l'ANJ par exemple, M. ROTH indiquait qu'il faut se méfier

¹²⁶ C.Conso, art. R.212-1, 3° ; 4° ; 5° ; 8° et 10°

¹²⁷ C.Conso, art. R.212-2, 6°

¹²⁸ CCA, Recommandation N°21-01, Contrats de crédit à la consommation, 10 mai 2021

¹²⁹ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU*

¹³⁰ C. ROTH, « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », RDLC 2009, n°61, p.7

car cela risque de briser le consensus dans lequel elle fonctionne et l'exposer à de vives critiques qui affecterait l'effectivité de sa mission consultative.

B. L'autorité de contrôle : la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes

107. Le Code de la consommation réserve un certain nombre de prérogatives pour « *l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation* », incarnée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Cette autorité de contrôle intégrée au sein du ministère de l'Economie dispose de prérogatives étendues pour veiller sur l'activité économique des entreprises (1) mais n'intervient que de manière limitée pour assurer la protection contre les clauses abusives (2).

1. Des prérogatives étendues

108. En plus d'une administration centrale située à Bercy, la DGCCRF s'appuie sur un réseau de service déconcentré sur le territoire français, au sein de directions départementales interministérielles. Les agents sont habilités à enquêter sur les déséquilibres significatifs au sein des contrats¹³¹. Pour cela ils disposent de pouvoirs d'enquêtes leur permettant notamment de se faire communiquer les documents d'une entreprise sans que le secret professionnel ne puissent leur être opposé. Ainsi les enquêteurs de la DGCCRF peuvent enjoindre une entreprise à leur communiquer les contrats qu'elle propose à ses clients et examiner le contenu de ses clauses.

109. En cas de manquement constaté, les agents dressent un procès-verbal. La DGCCRF décide ensuite des mesures à mettre en œuvre consécutivement au contrôle en prenant en compte divers facteurs comme la gravité du manquement ou le comportement du professionnel. Elle peut décider de mettre en œuvre une suite pédagogique, sous la forme d'un avertissement, ou une suite corrective, sous la forme d'une injonction de mise en conformité ou d'une action devant le tribunal. En outre, elle peut elle-même infliger une amende administrative dans certains cas.

110. Les articles L521-1 et suivants du Code de la consommation permettent à la DGCCRF d'enjoindre au professionnel qu'il adopte, dans un délai défini, les mesures correctives nécessaires pour se mettre en conformité avec la réglementation. Concrètement, il sera demandé

¹³¹ C.Conso, art. L511-6, 3°

au professionnel de supprimer ou de modifier une clause estimée abusive. L'injonction est prononcée au terme d'une procédure contradictoire, ce qui laisse la possibilité au professionnel de défendre la clause litigieuse. L'avertissement et l'injonction sont des outils très utilisés dans la lutte contre les clauses abusives par la DGCCRF dès lors qu'il est très simple techniquement pour le professionnel de se mettre en conformité. Par exemple, en 2020 la DGCCRF a constaté la présence de 22 clauses abusives dans des contrats de mutuelles, et a ainsi adressé 7 injonctions et 15 avertissements aux professionnels en vue de leur faire modifier les contrats¹³². Si le professionnel ne se conforme pas à l'injonction à l'issue du délai imparti, il peut se voir infliger une amende administrative allant jusqu'à 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales¹³³.

111. Par ailleurs, la DGCCRF peut assigner un professionnel devant une juridiction afin d'ordonner au professionnel de supprimer une clause estimée abusive dans les contrats proposés aux consommateurs ou pour faire déclarer réputée non-écrite une clause abusive dans des contrats déjà conclus avec des consommateurs. La DGCCRF n'a en effet pas le pouvoir de supprimer elle-même les clauses abusives. La décision de justice peut être assortie d'une astreinte, ce qui la rend beaucoup plus efficace qu'une injonction dont le non-respect n'expose qu'à une faible amende.

L'action en suppression réservée à la DGCCRF est très similaire à celle ouverte aux associations de consommateurs. Elle a connu les mêmes évolutions, passant d'une action préventive à une action curative (voir *infra* n°132). La principale différence réside dans le fait que la DGCCRF peut agir à l'encontre des clauses abusives contenues dans des contrats proposés aux non-professionnels, ce qui n'est pas le cas pour les associations de consommateur.

Néanmoins, la DGCCRF a très peu recours à l'assignation en matière de clauses abusives, mais la possibilité de demander une amende civile, ouverte par l'ordonnance du 22 décembre 2021, pourrait peut-être changer cet état de fait (voir *infra* n°240).

112. La possibilité de recourir à une amende administrative par une procédure contradictoire a été introduite par la loi Hamon. Elle est réservée aux manquements à l'alinéa 4 de l'article L.212-1 du Code de la consommation, c'est-à-dire aux cas de clauses inscrites sur la liste noire. Ces manquements sont en effet simples à constater, et ne laissent pas beaucoup de place à un

¹³² DGCCRF, Bilan d'activité 2020, p. 43

¹³³ C.Conso, art. L.532-1

débat contradictoire dès lors qu'il s'agit d'une infraction matérielle, caractérisée par le simple fait de contrevenir à la liste, sans qu'il soit nécessaire de démontrer un déséquilibre significatif. Le montant initial de l'amende, relativement faible, a été quintuplé par l'ordonnance du 22 décembre 2021 pour atteindre désormais 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 pour une personne morale, ceci afin de répondre aux exigences d'efficacité et dissuasion énoncé par la directive omnibus.

Il faut ajouter que l'article L.522-7 du Code de la consommation prévoit la possibilité de cumuler les sanctions administratives. Ainsi, si la DGCCRF constate la présence d'une clause abusive dans un contrat conclu par un professionnel avec 1 000 consommateurs, il s'expose théoriquement à une amende totale 75 000 000 euros. Le Conseil constitutionnel a validé la conformité de ce principe de cumul sans plafond des sanctions administrative au regard du principe de légalité des délits et des peines, à condition toutefois que l'administration respect « *une exigence de proportionnalité de la sanction administrative au manquement* »¹³⁴. La décision du Conseil constitutionnel était relative aux sanctions administratives en matière de pratique anticoncurrentielle, mais elle s'étend sans aucun doute au Code de la consommation.

Ainsi, les professionnels peuvent être dissuadés d'avoir recours aux clauses abusives grâce à la répression pécuniaire infligé par la DGCCRF. Il faut toutefois en nuancer la portée. En 2021, la DGCCRF a asséné pour un total de 2 235 119 euros d'amende au titre de « *Défaut d'information générale du consommateur, contrat et clauses* »¹³⁵. C'est moins que les amendes pour « *Irrespect des règles de démarchage et de vente hors établissement* », chiffrées à un total de 3 654 392 euros.

113. Pour éviter une procédure administrative dont l'issue est incertaine, la loi offre également la possibilité d'effectuer une transaction administrative. La DGCCRF a de plus en plus en recours à cette possibilité¹³⁶, qui sera amenée à se développer grâce à la loi DADDUE du 3 décembre 2020 qui complète cet outil. Ainsi, outre le paiement d'une somme d'argent, l'accord conclu avec l'entreprise peut désormais prévoir des obligations de remise en conformité et de réparation du préjudice subi par des consommateurs.

¹³⁴ Cons. const., décision n°2021-984 QPC, 25 mars 2022

¹³⁵ DGCCRF, Bilan d'activité 2021, p. 25

¹³⁶ S. BERNHEIM-DESVAUX et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *op. cit.*

114. Remarquons que l'arsenal de la DGCCRF ne lui permet que d'intervenir postérieurement à la mise en place de contrats. En effet, l'administration n'effectue par contrôle préalable des contrats avant leur diffusion aux consommateurs. Un tel régime d'autorisation *ex ante* serait certes bénéfique à l'effectivité de la protection contre les clauses abusives, mais il serait en pratique très lourd à mettre en œuvre et exigerait d'accorder des moyens considérables à la DGCCRF. En outre, un tel régime serait très attentatoire à la liberté d'entreprendre. Dès lors, la DGCCRF n'effectue qu'un contrôle *ex post* des clauses abusives, tout en ayant la faculté de faire supprimer de manière préventive des clauses contenues dans un modèle de contrat.

Ce régime est conforme avec le droit européen. La directive 93/13/CEE prévoit en effet dans ses considérants que si les États-membres doivent prévoir la faculté aux consommateurs et aux associations de consommateurs d'agir de manière préventive contre les clauses abusives dans un modèle de contrat en vue d'une utilisation généralisée, « *cette faculté n'implique, toutefois, pas un contrôle préalable des conditions générales utilisées dans tel ou tel secteur économique* »¹³⁷

2. Une action limitée

115. Malgré les prérogatives étendues de la DGCCRF dans la lutte contre les clauses abusives, force est de constater que l'essentiel de son action se trouve ailleurs. Chaque année, la DGCCRF établit un Programme National d'Enquêtes (PNE), établi en tenant compte notamment des tendances du contexte économique et de l'arrivée de nouveaux acteurs et pratiques. Le programme se fonde également sur les remontées d'enquêtes et sur les priorités données par le Gouvernement. Les attentes et préoccupations exprimées par les parties prenantes telles que les administrations partenaires, les organisations représentant les consommateurs ou les entreprises sont aussi prises en compte.

116. La lutte contre les clauses abusives était absente des programmes nationaux d'enquêtes annuels de 2016 à 2020, à l'exception d'une enquête en 2020 dans le secteur de l'assurance complémentaire santé. Par ailleurs, le programme pour 2022 mentionne une enquête lancée au troisième trimestre 2021 contre les clauses abusives, mais seulement dans un domaine particulier, à savoir le secteur des mobilités individuelles urbaines en libre-service (vélos en libre-service, trottinettes, scooters, etc.). Dans ces deux cas, l'on remarque qu'il s'agit

¹³⁷ Dir.93/13/CEE, considérants

d'enquêtes très sectorisées, motivées par des circonstances liées à l'actualité. D'une part, l'enquête sur les contrats des mutuelles santé s'inscrivait dans le contexte de la crise sanitaire liée au covid-19, qui a incité à la souscription de nouvelles garanties, généralement à distance. D'autre part, le secteur de la mobilité en libre-service connaît un véritable essor se traduisant par le développement de nouvelles offres aux consommateurs dans un contexte de concurrence acharnée. Il semble donc que la DGCCRF entend assurer l'effectivité de la protection contre les clauses abusives en ciblant ponctuellement certains secteurs d'activité particuliers porteurs de risques.

117. Par ailleurs, la DGCCRF mène parfois des campagnes de sensibilisation, et elle peut rédiger des documents pédagogiques pour accompagner les parties prenantes dans leur mise en conformité. Mais force est de constater que la communication de la DGCCRF, comme ses enquêtes, se concentre surtout sur les arnaques, la sécurité des produits et la conformité des sites internet au regards des obligations d'information.

118. En tout, seulement 5% des 5800 enquêtes réalisées par la DGCCRF en 2015 concernaient les clauses abusives¹³⁸. Ce relatif désintérêt pour la lutte contre les clauses abusives peut s'expliquer par plusieurs facteurs.

119. Tout d'abord, la DGCCRF manque cruellement de moyens. Elle a perdu un quart de ses effectifs en quinze ans, passant de 3 723 équivalents temps plein travaillés en 2007 à 2 812 en 2022¹³⁹. Or, la DGCCRF doit se répartir trois missions d'envergure : la protection économique des consommateurs, la sécurité des produits, et le respect des règles de concurrence. L'autorité est donc contrainte de rechercher l'efficacité maximale et de se concentrer sur les enjeux à risques forts, qui nuisent le plus aux consommateurs, aux entreprises et à l'économie en général.

120. Par ailleurs, la DGCCRF n'est pas une autorité administrative indépendante. Il s'agit d'une direction administrative rattachée à un ministère. Dès lors, elle est liée à l'agenda que lui soumet Bercy. Il n'est pas rare de voir un ministre demander à la DGCCRF une enquête après

¹³⁸ Commission européenne, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 3 – Country report, mai 2017, p. 421

¹³⁹ Rapport d'information du Sénat n° 903 (2021-2022) de M. Thierry COZIC et Mme Frédérique ESPAGNAC, fait au nom de la commission des finances, déposé le 28 septembre 2022, p. 78

un scandale sanitaire par exemple¹⁴⁰, ce qui détourne des effectifs des enquêtes relatives aux clauses abusives, qui intéressent beaucoup moins l'opinion publique.

121. Enfin, la lutte contre les clauses abusives revêt une nature particulière dès lors qu'elle implique de devoir contrôler le contenu de contrats. Les principales missions de la DGCCRF possèdent une forte dimension publique. Par exemple, la sécurité des aliments est un enjeu de la salubrité publique et le respect du droit de la concurrence permet d'établir un marché sain, censé bénéficier au plus grand monde. Mais la lutte contre les clauses abusive est perçue comme un combat de l'ordre privé. Le recours aux clauses abusives n'est d'ailleurs pas sanctionnable pénalement. Les autorités françaises ont tendance à considérer que les clauses abusives ne causent un dommage qu'aux individus concernés, ce qui ne justifierait pas une action publique forte (*public enforcement*) mais devrait relever plutôt d'actions privées (*private enforcement*).

§2. La protection assurée par les associations de consommateurs

122. Les associations de consommateurs sont des acteurs de droit privé assurant la protection contre les clauses abusives grâce aux actions collectives (B), mais elles jouent également un rôle en l'absence de contentieux (A).

A. Le rôle non contentieux

123. Les associations de consommateurs sont formées selon les principes de la loi de 1901. Ce sont des personnes morales de droit privé, indépendantes de l'État. Leurs ressources proviennent principalement des cotisations et éventuellement de subventions. Elles peuvent également recevoir des indemnités versées par les entreprises qui auraient été condamnées à l'issue d'un procès mené par une association.

124. Les associations de consommateurs jouent un rôle crucial dans l'éducation des consommateurs en les sensibilisant aux abus des entreprises et en leur fournissant des informations sur les moyens de se protéger contre celles-ci. Elles mettent en place des ateliers, des conférences et des campagnes de sensibilisation pour informer les consommateurs de leurs droits et les aider à comprendre les termes et les conditions des contrats qu'ils concluent.

¹⁴⁰ « Le « mal-être » de la DGCCRF entre baisse d'effectifs et missions élargies », sur terre-net.fr [en ligne], publié le 21 novembre 2022, [consulté le 2 juin 2023]

125. Les associations de consommateurs peuvent également proposer aux consommateur un accompagnement aux consommateurs. Ainsi, les associations locales organisent souvent des permanences juridiques à l'occasion desquelles les consommateurs peuvent interroger un bénévole sur une situation litigieuse qu'il rencontre. Le cas échéant, le bénévole peut demander à lire le contrat et repérer des clauses abusives. Les sites internet de certaines associations à portée nationale contiennent également des fiches thématiques sur les clauses abusives¹⁴¹, ou encore des modèles de lettre type pour signaler à un professionnel que son contrat contient des clauses abusives¹⁴².

126. Les organisations de défense des consommateurs ont une présence active au sein du Conseil national de la consommation (CNC), qui est un organe consultatif paritaire placé auprès du ministre chargé de la consommation. Créé en 1983¹⁴³, il a pour objectif de permettre la concertation entre les parties prenantes, à savoir d'une part les associations de consommateurs et d'autre part les organisations professionnelles, et de conseiller les autorités publiques lors de l'élaboration de nouvelles normes. Les associations de consommateurs, qui représentent la moitié de cet organe paritaire, peuvent dans le cadre du CNC négocier des accords collectifs avec les représentants des professionnels¹⁴⁴. Le CNC a ainsi permis l'élaboration de modèles-type de contrat, *a fortiori* dénués de clauses abusives, par exemple un modèle de contrat de séjour au sein d'une maison de retraite¹⁴⁵, ou plus récemment un contrat proposé par les auto-écoles¹⁴⁶.

Ces négociations collectives de contrat revêtent un fort intérêt pour assurer l'effectivité de la protection contre les clauses abusives, mais sont, de manière regrettable, trop peu utilisées. En effet, l'activité du CNC s'est considérablement réduite au fil des dernières années¹⁴⁷,

¹⁴¹ <https://www.quechoisir.org/decryptage-compte-bancaires-les-clauses-abusives-n2783/>

¹⁴² <https://www.quechoisir.org/lettre-type-fournisseur-d-acces-a-internet-renvoi-injustifie-vers-orange-n989/>

¹⁴³ Décret n°83-642 du 12 juillet 1983 portant création d'un Conseil national de la consommation

¹⁴⁴ C.Conso, art. D. 821-2

¹⁴⁵ CNC, Avis du 19 mai 1994 – Modèle de contrat destiné aux gestionnaires d'établissement hébergeant des personnes âgées (BOCCRF du 29 juillet 1994)

¹⁴⁶ CNC, Avis du 28 février 2020 - Contrat-type proposé par les établissements d'enseignement de la conduite (BOCCRF du 03/04/2020)

¹⁴⁷ 23 avis ou rapports ont été rendus entre 2011 et 2020, contre 48 entre 2011 et 2010.

notamment en raison d'un désengagement des grandes organisations de défense des consommateurs dû à la prolifération d'associations au sein de la CNC (15 en 2023)¹⁴⁸.

B. Le rôle contentieux

127. Les associations de consommateurs peuvent engager des actions judiciaires collectives depuis la loi Royer du 27 décembre 1973¹⁴⁹. Ces actions permettent d'assurer une meilleure effectivité de la protection contre les clauses abusives, soit en soutenant les consommateurs dans la défense de leurs intérêts individuels contre les professionnels, soit en obtenant des décisions bénéficiant à la collectivité des consommateurs. La nécessité de permettre aux associations de consommateurs d'engager des actions collectives s'est imposée dès lors que les consommateurs seuls ne peuvent efficacement agir contre les professionnels et que les pouvoirs publics se sont désintéressés, notamment par manque de moyens, aux contentieux de la consommation. En outre, la standardisation des rapports de consommation a fait émerger de véritables contentieux de masse, dans lesquels se mêlent intérêts individuels de milliers de consommateurs et intérêt collectif de l'ensemble des consommateurs.

128. Parmi la multitude d'actions spéciales réservées aux associations de consommateurs par le Code de la consommation, seule l'action en cessation de l'illicite a réellement vocation à s'appliquer aux clauses abusives. Elle a été introduite en France par la loi du 5 janvier 1988¹⁵⁰, mais s'est surtout développée sous l'impulsion du droit européen. En effet, la directive 93/13/CEE impose aux États-membre de mettre en place des dispositions permettant à des « *organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.* »¹⁵¹. Plus particulièrement, la directive

¹⁴⁸ Dominique LAURENT, Rapport sur le mouvement consumériste en France, pour le Secrétariat d'Etat à l'Industrie et à la Consommation, 7 mai 2009, p. 15

¹⁴⁹ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat

¹⁵⁰ Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs

¹⁵¹ Dir. 93/13/CEE, art. 7 §2

2009/22/CE¹⁵² a imposé aux États-membres de mettre en place une action en cessation contre les violations des directives européennes protectrices des intérêts des consommateurs. En France, les articles L.621-7 et L.621-8 prévoient ainsi une action en cessation de l'illicite, adoptant des modalités particulières pour la suppression des clauses abusives.

129. Les modalités d'action des associations relève de l'autonomie procédurale des États membres, mais la Cour de justice les apprécie par rapport aux principes d'équivalence et d'effectivité et s'oppose aux législations nationales qui restreignent trop leur droit d'action¹⁵³. Elle ne place toutefois pas le consommateur et les associations de consommateurs sur un pied d'égalité, estimant que « *sans nier l'importance du rôle essentiel qu'elles doivent pouvoir jouer pour atteindre un niveau élevé de protection des consommateurs au sein de l'Union européenne, il faut, néanmoins, constater qu'une action en cessation opposant une telle association à un professionnel n'est pas caractérisée par le déséquilibre qui existe dans le cadre d'un recours individuel impliquant un consommateur et son cocontractant professionnel* »¹⁵⁴. Ainsi, pour la CJUE, les actions collectives des associations ont seulement vocation à œuvrer à l'effectivité de la protection des consommateurs et n'ont pas besoin d'être défendues en tant que telle. Dès lors que cette effectivité peut être atteinte par d'autres moyens, la restriction de l'action des associations n'est pas contraire au droit européen. La CJUE a par exemple admis une législation nationale prévoyant que les actions en cessation exercées par les associations de protection des consommateurs doivent être portées devant les juridictions du lieu de l'établissement ou du domicile du professionnel en défense¹⁵⁵.

130. L'action en cessation suppose une violation d'une disposition issue d'une directive mentionnée à l'annexe I de la directive 2009/22/CE, parmi lesquelles se trouve évidemment la directive 93/13/CEE. L'action en suppression des clauses abusives suppose plus précisément le recours à de telles clauses dans des modèles de contrats. Elle répond à l'exigence posée par la directive 93/13/CEE qui requiert une action préventive permettant de purger de leurs clauses abusives les modèles de contrats proposés aux consommateurs. Cette dimension préventive était assez innovante en ce qu'elle prend pleinement acte de la standardisation des rapports

¹⁵² Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

¹⁵³ CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Invitel*

¹⁵⁴ CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, pt 50

¹⁵⁵ *ibidem*

commerciaux. La grande majorité des contrats conclus entre un consommateur et un professionnel repose en effet sur un contrat modèle ou des conditions générales. En effaçant les clauses à leur origine, on évite que des contrats déséquilibrés puissent être signés, ce qui assure une bonne effectivité de la protection contre les clauses abusives. L'action en suppression des clauses abusives a d'ailleurs été reconnue recevable à l'encontre d'un modèle de contrat élaboré par une association dans le cas même où l'association ne conclue pas elle-même de contrat avec les consommateurs¹⁵⁶.

Précisons que le champ d'application de l'action en cessation des clauses illicites des associations de consommateurs est restreint aux seules relations entre professionnels et consommateurs. La jurisprudence a ainsi pu affirmer que l'action n'était pas ouverte pour les contrats proposés ou destinés aux non-professionnels, tel un syndic¹⁵⁷.

131. L'action en suppression des clauses illicites ne peut être engagée que devant une juridiction civile. Elle est généralement précédée d'une mise en demeure envoyée par l'association au professionnel. L'association expose son analyse au professionnel et lui demande de modifier son contrat. S'ensuit alors des échanges et des négociations qui peuvent parfois permettre une mise en conformité sans saisir le juge, les entreprises craignant une condamnation publique. En cas d'échec des négociations, l'association assigne le professionnel.

132. La portée de la sanction prononcée par le juge a connu des évolutions. En effet, l'action en suppression a d'abord été cantonnée à un rôle purement préventif, du fait d'une interprétation restrictive du texte, qui visait le cas du contrat « *proposé* » ou « *destiné* » au consommateur. Les juges ont en effet estimé que l'action n'avait plus d'objet dès lors que la clause litigieuse ne figurait plus dans les contrats proposés par le professionnel¹⁵⁸, et la sanction ne s'étendait pas aux contrats déjà signé sur la base du modèle comportant des clauses abusives, laissant le soin aux consommateurs d'engager eux même des actions curatives lorsqu'ils ont effectivement signé un contrat comportant des clauses abusives.

Cette situation portait gravement atteinte à l'effectivité de la protection contre les clauses abusives car il suffisait au professionnel de modifier la clause avant l'introduction de l'instance pour rendre irrecevable l'action, y compris au regard des dommages-intérêts. De plus

¹⁵⁶ Cass. civ. 1ère, 3 février 2011, n°08-14402

¹⁵⁷ Cass. civ. 1ère., 4 juin 2014, nos 13-13.779 et 13-14.203

¹⁵⁸ Cass. civ. 1ère 1^{er} févr. 2005, n° 03-13.779, Bull. civ. I, n° 61, JCP G 2005, II, n° 10057

elle réduisait considérablement la protection accordée aux consommateurs déjà lié par un contrat. Cette interprétation était contraire à la position de la CJUE qui estime que l'objectif dissuasif de l'action en suppression exige qu'elle dispose d'un effet *erga omnes*. En d'autres termes, les clauses déclarées abusives dans le cadre d'une action en suppression ne doivent lier « *ni les consommateurs qui sont parties à la procédure en cessation ni ceux qui ont conclu avec ce professionnel un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales* »¹⁵⁹.

C'est pourquoi, la loi Hamon a permis aux associations de demander au juge de déclarer réputé non-écrites les clauses « *dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs* ». Néanmoins, des doutes subsistaient quant à la conformité au droit européen, notamment car la notion de « *contrat identique* » pouvait être interprétée restrictivement comme excluant les contrats comportant des conditions particulières. Le texte a donc encore été retouché par la loi Macron et une dernière fois, à l'occasion de la recodification de 2016. L'effet de l'action en suppression a ainsi été étendue aux clauses contenues dans les contrats « *en cours d'exécution* », donnant ainsi à l'action en cessation des pratiques illicites un caractère pleinement curatif¹⁶⁰. A la suite de ces modifications, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence dans le même sens pour les contrats régis par l'ancien droit, au motif qu'il doit être interprété à la lumière des directive 93/13/CEE et de la jurisprudence de la CJUE¹⁶¹. Le droit européen a donc été moteur de l'effectivité de l'action en suppression.

133. Plusieurs décisions postérieures ont néanmoins limité la portée curative de l'action en cessation des associations de consommateurs.

Dans deux arrêts du 26 septembre 2019¹⁶², la Cour de cassation a confirmé les décisions des cours d'appels ayant déclaré irrecevable la demande de suppression de clauses abusives dirigée contre des fournisseurs d'énergies, dès lors que les sociétés avaient non seulement modifié leurs conditions générales, mais également modifié les contrats encore en cours et conclus sous l'empire de conditions générales antérieures, ceci en vertu de leur pouvoir de

¹⁵⁹ CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Invitel* pt. 38

¹⁶⁰ Julia HEINICH, « Action en suppression des clauses abusives », dans *Le Lamy Droit des contrats*, n°1345, actualisé en juin 2022

¹⁶¹ Cass. civ. 1ère., 26 avril 2017, n°15-18.970, Bull. civ. I, no 94

¹⁶² Cass. civ. 1ère., 26 septembre 2019, n°18-10.890, *UFC-Que Choisir c/ Sté Direct énergie* (cassation partielle CA Paris, 9 nov. 2017) et Cass. civ. 1ère., 26 sept. 2019, n°18-10.891, *UFC-Que Choisir c/ Sté Engie* (cassation partielle CA Versailles, 16 nov. 2017)

modification unilatérale des contrats. Il ne subsistait donc plus aucun contrat en cours susceptible de contenir les anciennes clauses litigieuses.

De manière plus critiquable, dans un jugement en date du 28 juin 2022, le tribunal judiciaire de Paris a débouté *l'UFC-Que Choisir* de son action contre la société exploitant les autocars *BlaBlaBus*¹⁶³. Les juges ont notamment déclaré irrecevable l'action de l'association envers des clauses contenues dans des conditions générales de 2017 ayant été modifiées en 2018, postérieurement à l'assignation. En effet, selon les juges du fond il n'y avait plus à l'heure de l'audience aucun contrat conclu en référence de ces conditions générales de 2017 qui étaient en cours, dès lors que les contrats de transport proposés par la société exploitant les autocars *BlaBlaBus* sont des contrats à exécution instantanée, qu'ils ont déjà été exécutés, de sorte qu'ils ne produisent plus aucun effet entre les parties. Cette solution peut être néanmoins discutée, car les actions relatives aux contrats sont prescrites par cinq ans¹⁶⁴, de sorte qu'en date du 28 juin 2022 les consommateurs ayant conclu un contrat après le 28 juin 2017 et avant la modification des conditions générales en 2018 pouvaient toujours agir en justice, par exemple pour contester les modalités d'exécution du contrat. Il semble ainsi bien contestable de considérer que ces contrats ne produisent plus d'effet entre les parties, alors même que le professionnel pouvait encore être assigné sur le fondement de ces-dits contrats.

134. Outre la suppression de la clause et la déclaration du répété non-écrit, l'action en suppression est rendue effective grâce à des sanctions complémentaires. L'association peut ainsi demander la publication du jugement¹⁶⁵, ce qui peut s'avérer dissuasif pour les professionnels, souvent soucieux de protéger leur image. Par ailleurs, bien que le texte ne le prévoit pas explicitement, la jurisprudence a admis qu'à l'issue d'une action en suppression des clauses abusives, le juge pouvait accorder des dommages-intérêts à l'association en réparation du préjudice collectif des consommateurs, indépendamment du succès de l'action en suppression¹⁶⁶. Cette indemnité a le double intérêt de sanctionner le professionnel et de permettre à l'association de consommateurs de financer ses actions judiciaires, le versement des dépens et les compensations issues de l'article 700 CPC étant généralement insuffisante à

¹⁶³ TJ Paris, 28 juin 2022, n° 18/00477 : v. C. HELAINE « L'UFC-Que Choisir déboutée face aux contrats BlaBlaBus » sur dalloz-actualite.fr [en ligne], publié le 7 juillet 2022 [consulté le 2 juin 2023]

¹⁶⁴ Code civil, art. 2224

¹⁶⁵ C.Conso, art. L.621-11

¹⁶⁶ Civ. 1re, 26 septembre 2019, n°18-10.890, D. 2020. Pan. 634, obs. Poillot. – V. MAINGUY et DEPINCE, De l'efficacité de l'action en suppression des clauses abusives, JCP E 2020. 1304

rembourser les frais engagés. En outre, l'association peut désormais demander une amende civile en cas de récidive (voir *infra* n°240).

135. Une autre voie offerte aux associations est le droit d'action en intervention¹⁶⁷. Cette faculté est souvent utilisée par des associations dans le cadre de litige individuel lorsque ces litiges sont susceptibles d'intéresser l'intérêt collectif qu'elles défendent. Les associations de consommateurs font parfois usage de cette technique pour soutenir un consommateur dans son litige sans le dessaisir de ses droits par l'effet d'un mandat. La faculté d'intervention des associations de consommateur peut toutefois être limitée, la CJUE ayant refusé de reconnaître l'existence d'un droit pour les associations de protection de consommateurs d'intervenir dans des litiges individuels mettant en cause des consommateurs¹⁶⁸. La Cour de justice estime en effet que le droit à un recours juridictionnel effectif du consommateur est assuré par une autre intervention extérieure positive, celle du juge national (voir *supra* n°81 et s.).

136. Enfin, dans leur lutte contre les clauses abusives, les associations de consommateurs devraient également pouvoir se saisir de l'action de groupe, créée par la loi Hamon, et destinée à réparer les préjudices individuels subis par un large groupe de consommateurs. Seuls sont réparables les préjudices patrimoniaux, ce qui concerne les préjudices économiques subis en raison d'une clause abusive. Par ailleurs, il semble que le professionnel commet « *un manquement (...) à ses obligations légales à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de service ou dans le cadre de la location d'un bien immobilier* »¹⁶⁹ en insérant une clause abusive, particulièrement si elle est issue de la liste noire¹⁷⁰. Ainsi, dès lors que plusieurs consommateurs subissent un préjudice du fait d'une même clause abusive répliquée dans divers contrats, l'action de groupe pourrait être enclenchée. Par exemple, dans le cadre de son contentieux contre les prêts libellés en devise étrangère de BNP Paribas, la CLCV a enclenché

¹⁶⁷ CPC, art. 328 et s.

¹⁶⁸ CJUE, 27 févr. 2014, aff. C-470/12, *Pohotovos*, pt. 52 : « en l'absence de disposition de [la directive 93/13/CEE] prévoyant un droit pour les associations de protection de consommateurs d'intervenir dans des litiges individuels mettant en cause des consommateurs, l'article 38 de la Charte [qui dispose qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union], en soi, ne saurait imposer une interprétation de ladite directive dans le sens de la reconnaissance de ce droit »

¹⁶⁹ C.Conso, art. L.623-1

¹⁷⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, op.cit.*, n°961

parallèlement une action en suppression des clauses abusives et une action de groupe¹⁷¹. Pour l'heure, il semble que malgré plusieurs tentatives, aucune action de groupe intentée sur le fondement d'un manquement à la réglementation contre les clauses abusives n'ait encore eu une issue favorable, bien que les échecs ne soient pour l'heure dû qu'à l'exclusion initiale des contrats de bail et à la conclusion de transaction avant le prononcé du verdict¹⁷².

137. Ainsi, les actions en justice offrent aux associations une solution efficace pour combattre les clauses abusives. L'assignation d'un professionnel permet aux associations d'avoir recours aux pouvoirs d'un juge, qui peut par exemple ordonner des mesures d'instruction afin de se procurer des preuves, et d'obtenir des décisions contraignantes, dotées de la force exécutoire. La condamnation d'une entreprise permet également d'établir une jurisprudence et d'avoir un effet dissuasif sur les autres professionnels qui auraient recours à des clauses similaires, d'autant que les associations n'hésitent pas à communiquer sur leurs victoires, qui attirent parfois l'attention des médias. A mi-chemin entre le *private enforcement* (les associations étant des acteurs privés) et le *public enforcement* (les associations défendant l'intérêt collectif des consommateurs), les actions collectives sont un élément essentiel au service de l'effectivité de la protection contre les clauses abusives.

138. Les procédures ont cependant l'inconvénient d'être longues et coûteuses, les professionnels n'hésitant pas à engager des recours contre les décisions défavorables. Ainsi, la condamnation de Twitter prononcée par la cour d'appel de Paris le 14 avril 2023 fait suite à assignation en suppression de clauses illicite qui avait été déposée par l'UFC-que-choisir en 2014¹⁷³. En outre, les actions collectives font l'objet de débats contradictoires très nourris, et peuvent bien se solder par des échecs pour les associations, comme récemment dans l'affaire *Blablabus*¹⁷⁴. Les associations ne font donc appel à ces actions qu'en dernier recours.

¹⁷¹ C. CONSTANTIN-VALLET, « [Helvet Immo : le regard de Charles Constantin-Vallet sur la condamnation de BNP Paribas pour pratiques commerciales trompeuses](#) » (propos recueillis par Irène BAUDU), Revue Lamy droit des affaires, N° 158, avril 2020

¹⁷² Maria José AZAR-BAUD, « 30 : le nombre d'actions de groupe introduites à ce jour en France », RLDC, N° 196, octobre 2021, *Le chiffre du mois*

¹⁷³ Le Monde, « Twitter condamné à payer 100 000 euros pour la non-conformité de ses conditions d'utilisation », 04 mai 2023

¹⁷⁴ TJ Paris, 28 juin 2022, n° 18/00477 : v. C. HELAINE « L'UFC-Que Choisir déboutée face aux contrats BlaBlaBus » sur [daloz-actualite.fr](#) [en ligne], publié le 7 juillet 2022 [consulté le 2 juin 2023]

139. Ainsi, qu'il s'agisse des juges, des institutions publiques ou des associations de consommateurs, les différents acteurs de la lutte contre les clauses abusives contribuent à maintenir un environnement juridique hostile aux clauses abusives et à prévenir les déséquilibres significatifs dans les relations contractuelles grâce à leur expertise, à leurs actions et à leur surveillance constante.

Après avoir étudié comment la protection contre les clauses abusives s'est déployée dans l'environnement juridique qui en assure l'effectivité, il convient d'analyser les effets que produit cette protection sur les destinataires de la réglementation, à savoir les personnes visées par protection et les personnes chargées de respecter la réglementation.

PARTIE 2 : LES EFFETS DE LA PROTECTION

CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LES

PERSONNES

140. L'effectivité d'une norme juridique ne se limite pas à la question de sa mise en œuvre dans l'environnement juridique. Une norme n'est pleinement effective que si les personnes modifient leurs comportements pour s'y conformer.

Il conviendra d'analyser si la réglementation protégeant les consommateurs contre les clauses abusifs est appliquée et efficace, et plus largement d'étudier les effets qu'elle produit sur le comportement des acteurs de la société de consommation. Dans un premier temps, le propos sera centré sur les consommateurs, qui sont les personnes visées par la protection (Chapitre 1). Dans un second temps, l'analyse sera portée sur les professionnels, qui sont les personnes chargées de mettre en application la protection contre les clauses abusives, ce qui implique de s'abstenir d'utiliser de telles clauses, mais également de faire évoluer leurs pratiques (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LES CONSOMMATEURS

141. L'étendue de la protection contre les clauses abusives lui permet de produire de larges effets sur les consommateurs (Section 1), mais plusieurs obstacles durables empêchent cette protection d'être pleinement effective. (Section 2).

Section 1 : La portée étendue de la protection conférée par la lutte contre les clauses abusives

142. La réglementation contre les clauses abusives protège tous les citoyens en les plaçant dans un rôle de consommateur (§1) en assurant qu'ils ne soient jamais liés par ces clauses (§2).

§1. Le champ de la protection : la protection du citoyen dans son rôle de consommateur

La réglementation contre les clauses abusives vise à protéger une catégorie de personnes vulnérables, dont la définition et les contours ont évolué au fil du temps (A), en lui conférant un rôle spécifique au sein de la société de consommation (B).

A. Le sujet de la protection : la notion juridique de consommateur et de non-professionnel

143. La notion de consommateur est définie à l'article liminaire du Code de la consommation dans sa rédaction actuelle comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Mais bien avant cette mise à l'écrit opérée par la loi Hamon puis affinée lors de la recodification de 2016, la jurisprudence s'est chargée de définir les contours de cette notion, à l'aune des directives européennes qui fournissaient déjà une définition du consommateur.

144. Si tous les consommateurs sont des personnes physiques, toutes les personnes physiques ne sont pas des consommateurs. La notion de consommateur intègre un critère finaliste : il faut que la personne physique contracte pour des fins étrangères à son activité professionnelle.

145. Ce critère finaliste a pendant un temps été interprété largement par la Cour de cassation, qui dans certains cas a étendu la protection des consommateurs aux professionnels, en estimant que tout contrat « *sans rapport direct* » avec l'activité professionnelle de la personne pouvait

être protégé contre les clauses abusives¹⁷⁵. Il s'agissait d'une extension, héritée de la distinction entre les parties traditionnellement opérée par les juges sur le critère de la connaissance et de l'« *équilibre cognitif* » du contrat¹⁷⁶. Selon cette approche contextuelle, dès lors que le contrat échappait à sa compétence de prédilection, le professionnel se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur et méritait, par conséquent, d'être protégé. Le professionnel était considéré comme « *celui qui sait* » et le consommateur comme « *celui qui ne sait pas* ».

146. Cette approche n'a pas résisté au développement de la notion de consommateur, sous l'impulsion de l'émergence d'un droit de la consommation cohérent, codifié, et européen. La Cour de cassation a fini par abandonner la référence à un « *rapport direct* » et se réfère désormais au « *cadre* » de l'activité, comme le fait la CJUE. Or, comme l'a souligné la professeure AUBERT DE VINCELLE, la notion de « *cadre* » d'activité est bien plus large que celle de « *rapport direct* »¹⁷⁷.

147. Ainsi, les juges ont adopté une conception objective de la notion de consommateur, excluant les personnes agissant dans le cadre de leur activité, même lorsque le contrat est sans rapport direct avec cette activité. Par exemple, un artisan qui conclut un crédit pour les besoins de son activité professionnelle n'est pas un consommateur et ne bénéficie pas de la protection contre les clauses abusives, quand bien même son activité artisanale n'a aucun lien avec l'activité bancaire, et quand bien même il ne dispose d'aucune connaissance particulière en la matière. De même, une société concluant un contrat de maîtrise d'œuvre pour étendre l'hôtel qu'elle exploite ne peut être considéré comme un non-professionnel, « *peu important ses compétences techniques dans le domaine de la construction* »¹⁷⁸.

148. A l'inverse, cette conception objective permet d'inclure dans le champ de la protection consumériste toutes les personnes n'agissant pas dans le cadre de leur activité, peu importe leur degré de connaissance. Ainsi, peu importe qu'une investisseuse ait conclu un nombre élevé de

¹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n°92-18.227 ; Bull. civ I, n°54

¹⁷⁶ Louis PINTO, « La construction sociale d'une fiction juridique : le consommateur, 1973-1993 », in Actes de la recherche en sciences sociales, Editions Le Seuil, avril 2013, n° 199, p. 4 à 27

¹⁷⁷ C. AUBERT DE VINCELLES, « Repenser les notions de consommateur et de professionnel », in *40 ans du Centre de droit de la consommation et du marché*, Faculté de droit et de sciences politique de Montpellier, Lextenso, éd., 2017, p.65, spé. n°9

¹⁷⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2023, n°21-20.643

transactions sur une période relativement courte ou qu'elle ait investi des sommes importantes dans ces transactions, elle est une consommatrice dès lors que son activité professionnelle ne consiste pas en l'investissement financier¹⁷⁹. De même, un utilisateur d'un compte Facebook privé ne perd pas la qualité de « *consommateur* », au sens de cet article, lorsqu'il publie des livres, donne des conférences, exploite des sites Internet, collecte des dons et se fait céder les droits de nombreux consommateurs afin de faire valoir ces droits en justice¹⁸⁰.

149. Précisons que l'intervention d'un mandataire professionnel qui représenterait le consommateur contractant ne fait pas perdre à ce dernier la qualité de consommateur¹⁸¹. Seule compte la qualité de la personne contractant avec le professionnel, témoignant là aussi de la conception objective de la notion de consommateur. Par exemple, le recours à un avocat, pourtant mieux informé que le consommateur, ne fait pas disparaître la protection contre les clauses abusives.

150. Rappelons également que le non-professionnel, c'est-à-dire « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* », est également protégé contre les clauses abusives dans l'ordre juridique français, ce qui est permis par le degré d'harmonisation minimal de la directive 93/13/CEE. Cette notion étant française, et non européenne, la CJUE ne participe pas à la délimitation de sa définition. Sont principalement visées : les associations, les syndicats de copropriétaires et les comités d'entreprise sont manifestement les catégories visées.

151. Ainsi, l'ordre juridique a troqué une approche au cas par cas consistant à rétablir l'équilibre entre deux personnes lorsque l'une disposait de connaissances supérieures, avec une approche objective de la notion et de la situation de consommateur. De ce fait, la notion de consommateur s'est consolidée, au point de créer une catégorie juridique qui n'existe que pour être protégée. Le sociologue Louis PINTO voit ainsi dans la figure du consommateur « *une fiction marchande que le droit reconnaît comme légitime et qu'il contribue à faire exister dans la réalité* »¹⁸².

¹⁷⁹ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-208-18, *Petruchová* ; CJUE, 2 avr. 2020, aff. C-500/18, *Reliantco Investment*

¹⁸⁰ CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/Facebook Ireland Limited*

¹⁸¹ Cass. civ. 1ère, 1er mars 2017, n° 16-14157 : cas d'un consommateur représenté par un architecte auprès d'une société d'ameublement

¹⁸² Louis PINTO, *op. cit.*

Néanmoins, la protection contre les clauses abusives a pour effet de conférer un rôle à cette catégorie juridique.

B. L'objet de la protection : « restituer aux consommateurs la place qui leur revient dans une société de consommation »

152. La réglementation contre les clauses abusives a pour objet la protection des consommateurs contre un déséquilibre significatif qui serait instauré dans un contrat d'adhésion proposé par un professionnel. La nécessité de lutter contre les clauses abusives s'est en effet imposée grâce aux actions menées par les associations de consommateurs dans les années 70, qui ont révélé les abus pratiqués par certains professionnels. Les pouvoirs publics ont réagi en prenant conscience que le consommateur s'est transformé en « *élément d'un marché de masse* », soumis aux pressions des grandes entreprises¹⁸³. Ainsi, la réglementation contre les clauses abusives est avant tout fondée sur une philosophie de protection sociale envers une catégorie de personnes défavorisées et en situation de déséquilibre. De plus, la protection du consommateur est élevée au rang de principe à l'article 38 de la CDFUE, qui fait partie du chapitre IV dédié à la solidarité, ce qui démontre sa motivation humaniste.

153. Néanmoins, au-delà de la simple protection de la partie faible d'un contrat, la réglementation contre les clauses abusives a pour objectif de promouvoir un certain modèle de consommation. En effet, la seconde moitié du XXe siècle a été marquée par le développement d'une société de consommation de masse, caractérisée par le recours systématique aux contrats standardisés, permettant de multiplier les transactions en réalisant des économies d'échelle. Si certains auteurs ont pu critiquer ces « *instrument d'oppression* »¹⁸⁴, les pouvoirs publics n'avaient nullement l'intention de remettre en cause cette nouvelle forme d'échange économique. Au contraire, comme le déclarait Mme SCRIVENER en 1976, « *dans le contexte d'une économie libérale fondée sur le libre choix des consommateurs et la liberté d'entreprendre des producteurs, une politique de la consommation ne peut avoir pour objet d'imposer une structure différente de la consommation* »¹⁸⁵.

¹⁸³ Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, JOCE, n° C 92, 25 avril 1975, pt. 6

¹⁸⁴ Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 1976 : « *L'expansion du capitalisme fait que le contrat d'adhésion, d'instrument d'oppression, devient le lien entre l'entreprise moderne et son client* »

¹⁸⁵ Christiane SCRIVENER, secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie et des Finances (consommation), Conférence de presse « Propositions pour une politique de la consommation », 26 mai 1976.

La protection du consommateur instaurée par la lutte contre les clauses abusives ne doit donc pas avoir pour effet de rendre le recours aux contrats d'adhésion moins attractif pour les entreprises. Au contraire, le professeur Jean CALAIS-AULOY remarquait en 1985 que « *en éliminant les abus du système, [la protection des consommateurs] supprime les critiques qui pourraient être adressées à celui-ci, et elle contribue finalement à son succès* »¹⁸⁶. Il s'agit ainsi de purger les contrats de consommation des clauses abusives afin d'*in fine* consolider la confiance du consommateur dans la société de consommation.

154. En ce sens, la réglementation européenne contre les clauses abusives poursuit explicitement l'objectif de renforcer la confiance des consommateurs dans le marché européen. La Commission, qui lutte contre les distorsions de concurrence au sein du marché unique, note notamment dans les considérants de la directive 93/13/CEE que la méconnaissance du droit des autres États-membres peut « *dissuader (le consommateur) de faire des transactions directes d'achat de biens ou de fourniture de services dans un autre État membre* ». La directive poursuit ainsi deux objectifs : « *protéger le citoyen dans son rôle de consommateur* » et « *faciliter l'établissement du marché intérieur* ». A cet égard, la protection des consommateurs n'apparaît pleinement effective que si elle est harmonisée entre les États-membres.

155. Plus largement, la loi Scrivener avait pour objectif de « *restituer aux consommateurs la place qui leur revient dans une société de consommation* »¹⁸⁷. En effet, face au développement des contrats d'adhésion, le rôle du consommateur a évolué. Le consommateur étant privé de son pouvoir de négociation, son rôle ne consiste plus qu'à arbitrer entre plusieurs offres, c'est-à-dire à consentir - ou ne pas consentir - à une offre de contrat qu'on lui propose. Le consommateur n'est plus un négociateur mais un *adhérent*. Le droit contractuel de la consommation a donc pour objet de protéger le consentement du consommateur, afin qu'il puisse exercer librement son rôle de consommateur dans le cadre d'un modèle de consommation de masse.

156. Or, pour être libre, le consentement doit être éclairé : il suppose donc une information claire et suffisante fournie par le professionnel. C'est pourquoi, le droit de la consommation s'est développé avec l'instauration d'un nombre croissant d'obligation d'informations

¹⁸⁶ Propositions pour un nouveau droit de la consommation. Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation, Paris, La Documentation française, 1985

¹⁸⁷ Sénat, Commission des lois, Avis n° 10 (1977-1978) de M. Jacques THYRAUD, déposé le 13 octobre 1977 : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl76-306.html>

précontractuelles. Mais, la protection contre les clauses abusives est intimement liée avec cette politique informationnelle. Elle a été introduite en France dans une loi « *sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services* » et en Europe à l'issue de deux programmes communautaires « *pour une politique de protection et d'information des consommateurs* ».

En effet, l'interdiction des clauses abusives repose sur l'idée qu'un consommateur bien informé ne consentira jamais librement à un contrat déséquilibré. Ainsi, une clause sera déséquilibrée eu regard de l'exigence de bonne foi si le professionnel ne « *pouvait raisonnablement s'attendre à ce que [le consommateur] accepte la clause concernée à la suite d'une négociation individuelle* »¹⁸⁸. Finalement, en étant protégé contre les clauses abusives, les consommateurs bénéficient d'une protection subsidiaire contre le défaut d'information et jouissent d'« *une certaine sécurité en permettant d'épargner un travail individuel, nécessairement coûteux, d'information sur la conformité du contrat.* »¹⁸⁹

Le lien entre la protection contre les clauses abusives et la protection du consentement par l'information apparaît encore plus clairement au regard de l'exigence de transparence. C'est en effet à l'article 5 de la directive 93/13/CEE contre les clauses abusives que se trouve le principe d'interprétation *in favorem* des clauses qui ne seraient pas rédigées de façon claires et compréhensibles. En outre, comme il l'a déjà été démontré auparavant, l'absence de transparence d'une clause est de nature à la rendre abusive. Ainsi, les clauses non-transparentes, telles que les clauses de « *laisser croire* », sont abusives en ce qu'elles peuvent induire le consommateur en erreur sur l'étendue des droits que la loi lui confère. Ces clauses n'ont aucune portée normative en tant que telles sur les droits et obligations des parties et ne restreignent nullement les droits du consommateur. En les déclarant abusives, les juges sanctionnent en réalité le défaut d'information du consommateur. La protection contre les clauses abusives a donc pour effet d'obliger le professionnel d'informer correctement le consommateur sur l'étendue des droits que lui confère la loi.

157. Si le consentement du consommateur est capital, c'est parce qu'au sein de la société de consommation de masse, le rôle du consommateur est d'arbitrer entre plusieurs offres proposées par des concurrents. Le contrat d'adhésion n'est pas un contrat imposé au consommateur contre son gré. Comme toute opération économique, le contrat doit toujours apporter un gain aux deux

¹⁸⁸ CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*, pt 76

¹⁸⁹ Louis PINTO, *op. cit.*

parties, sinon elles ne s'y engageraient pas. Si un consommateur est insatisfait des conditions d'une offre, il lui suffit de partir et de voir un autre professionnel. Cet arbitrage des consommateurs engage une « *discussion virtuelle du contrat au niveau collectif* »¹⁹⁰ conduisant en théorie à une adaptation des offres pour qu'elles satisfassent les consommateurs.

158. A cet égard, l'on comprend aisément pourquoi sont exclues du contrôle du déséquilibre significatif la définition de l'objet principal du contrat et l'adéquation entre le prix et la prestation. L'équilibre du prix, en effet, doit être défini par le libre jeu de la concurrence. Le contrôle de ces clauses est rétabli si elles ne sont pas claires et compréhensibles car dans ce cas le consentement du consommateur n'était pas libre. La concurrence économique ne peut en effet fonctionner pleinement que si les consommateurs sont en mesure d'exercer librement leur capacité de choisir entre deux offres, ce qui suppose une information transparente.

159. La protection contre les clauses abusives n'a donc pas pour objet de lutter directement contre les déséquilibres financiers, car il s'agirait d'une grande ingérence de l'État dans la liberté du commerce. C'est au consommateur d'effectuer un arbitrage économique éclairé. La directive 93/13/CEE ne protège que contre les déséquilibres induits par des clauses annexes, sur lesquels les consommateurs ne sont pas en mesure d'effectuer un arbitrage éclairé, ou par un manque de transparence, qui porte atteinte au consentement du consommateur. La protection contre les clauses abusives permet ainsi de garantir la liberté de choix du consommateur.

160. Ainsi, si dans le fonctionnement normal du libre marché, les consommateurs sont censés être les régulateurs des conditions contractuelles, par l'effet d'un arbitrage collectif, la protection contre les clauses abusives a pour objet d'introduire un contrôle extérieur dans les contrats d'adhésion, qui a pour effet de permettre aux consommateurs de concentrer leur pouvoir de décision sur la comparaison des prix et des caractéristiques de l'offre. A cet égard, outre la dimension protectrice, le droit des clauses abusives est caractérisé par une dimension régulatrice.

161. Néanmoins, il ne faut pas minimiser la dimension protectrice de la réglementation contre les clauses abusives. Force est de constater que la protection des intérêts individuels des consommateurs individus est un enjeu central de la réglementation contre les clauses abusives,

¹⁹⁰ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE, A. PARENT, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 3ème édition, 2021, p. 431

en témoigne la CJUE, selon laquelle le principe d'effectivité de la directive 93/13/CEE vise à préserver « *l'exercice des droits conférés aux consommateurs par le droit de l'Union* ».

§2. La mise en échec des effets nocifs des clauses abusives

162. La réglementation contre les clauses abusives assure que le consommateur n'en subisse aucun effet nocif, d'une part en rendant ces clauses non contraignantes (A) et d'autre part en permettant exceptionnellement leur révision (B).

A. Le caractère non-contraignant des clauses abusives

163. En règle générale, les directives européennes laissent aux États-membres le soin de choisir les sanctions adaptées pour le respect des règles transposées. Ainsi, l'article 6§1 de la directive 93/13/CEE énonce que « *les États membres prévoient que les clauses abusives (...) ne lient pas les consommateurs (...) et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives* ». L'expression « *ne lient pas* » indique aux États-membres les effets qui doivent être attachés à la constatation d'une clause abusive, mais n'impose aucun régime de sanction particulier. Ainsi, la CJUE a admis que l'article 6§1, « *tout en reconnaissant aux États membres une certaine marge d'autonomie en ce qui concerne la définition des régimes juridiques applicables aux clauses abusives, impose néanmoins expressément de prévoir que lesdites clauses "ne lient pas les consommateurs"* »¹⁹¹. Les clauses abusives doivent donc être non-contraignantes pour les consommateurs.

164. Malgré l'autonomie procédurale des États-membres leur laissant la liberté de sélectionner le régime de sanction le plus adapté, la CJUE, qui considère que le caractère non-contraignant des clauses abusives est d'intérêt public¹⁹², interprète les conséquences, substantielles et processuelles, à tirer du caractère abusif des clauses contractuelles. A ce titre elle s'assure que la sanction appliquée par un État-membre respecte les principes d'effectivité et d'équivalence.

165. En France, la loi Scrivener du 10 janvier 1978 avait déjà prévu que les clauses abusives étaient « *réputées non écrites* ». Cette sanction a été maintenue lors de la transposition de la directive 93/13/CEE dès lors qu'elle semblait satisfaire au caractère non-contraignant exigé par

¹⁹¹ CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Espanol de Crédito*, pt 62.

¹⁹² CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Carabito*, pt 44

le texte communautaire. Elle est aujourd'hui prévue à l'article L.241-1 du Code de la consommation, qui est d'ordre public.

166. Le réputé non écrit est une sanction particulière du système juridique français, que l'on retrouve dans tous les pans du droit contractuel. Le législateur y a souvent recours pour sanctionner l'irrespect de dispositions d'ordre public. Il ne s'agit donc pas d'une notion propre à la protection contre les clauses abusives. Bien que le réputé non écrit soit parfois assimilé à la nullité, y compris parfois par les juridictions¹⁹³, elle bénéficie en réalité d'un régime distinct. La Cour de cassation a ainsi pu affirmer que « *l'action tendant à voir réputer non écrites des clauses litigieuses ne s'analyse pas en une demande en nullité* »¹⁹⁴.

167. Contrairement à la nullité, le réputé non écrit n'affecte que la clause concernée et ne remet pas en cause la validité du contrat. L'article 1184 du Code civil dispose ainsi que « *le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite* ». L'article L.241-1 C.Conso est plus précis et énonce que « *le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses* ». Ce principe de maintien du contrat est conforme à la directive 93/13/CEE, qui prévoit que « *le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives* ». Le réputé non écrit permet donc, comme la nullité partielle, de régulariser une relation contractuelle sans la rompre. Le contrat continue sa vie, « *purgé de son irrégularité* »¹⁹⁵. La CJUE admet même que la clause peut subsister, moyennant la suppression des éléments qui la rendent abusive, pourvu que sa substance ne soit pas affectée.¹⁹⁶ Le principe de maintien du contrat assure une meilleure protection du consommateur mais peut faire l'objet d'aménagements, développé ci-après (voir *infra* n°172 et s.).

168. Le réputé non écrit se démarque principalement de la nullité en ce qu'il s'applique de plein droit. En d'autres termes, le juge se contente de « *constater* » ou « *dire* » qu'une clause est abusive est donc réputée non écrite, tandis que la nullité, elle, est « *prononcée* ». Cette distinction sémantique n'est pas sans incidence : alors que l'intervention du juge est obligatoire

¹⁹³ V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 2016, n°14-29.347 : la clause litigieuse « *constituait une clause abusive, qui devait être déclarée nulle et de nul effet* »

¹⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n°17-23.169

¹⁹⁵ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, p. 59, n° 106.

¹⁹⁶ CJUE, 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, aff. C-70/17 et C-179/17, pt 64

pour la nullité car il est la seule autorité habilitée à prononcer cette sanction, elle est facultative pour le réputé non écrit. La CJUE estime ainsi que « l'article 6§1 doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur, et qu'il n'est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause »¹⁹⁷. Ainsi, le consommateur théoriquement pouvoir opposer au professionnel le caractère abusif d'une clause sans saisir un juge. L'intervention du juge ne sert qu'à conférer un caractère définitif et incontestable au constat du caractère abusif, et à prononcer par la même occasion des sanctions complémentaires, telles que les restitutions ou la réparation d'un préjudice subi en vertu de la clause. Néanmoins, il est constant qu'en pratique le juge est toujours saisi par le consommateur ou l'association de consommateurs, ou qu'*a minima* la menace d'une action pousse le professionnel à retirer la clause.

169. L'application de plein droit du réputé non écrit explique que l'action en justice soit imprescriptible. En effet, la prescription étant la consolidation d'une situation juridique par l'écoulement du temps, elle est incompatible avec le caractère non-contraignant de plein droit des clauses abusives. En outre, elle ne permet pas d'assurer une protection pleinement effective des droits des consommateurs. L'imprescriptibilité de l'action en réputé non écrit avait été reconnue par la Cour de cassation dès 1988 à propos de clauses d'un règlement de copropriété non-conformes à la loi du 10 juillet 1965¹⁹⁸. Par ailleurs, l'exception en réputé non écrit, qui consiste à opposer le caractère abusif d'une clause au professionnel qui agit en vertu du contrat litigieux, est imprescriptible en vertu des règles communes de la procédure civile. S'agissant des clauses abusives dans les contrats de consommation, l'imprescriptibilité de l'action a été reconnue par la CJUE en 2021¹⁹⁹, puis réaffirmée par la Cour de cassation en 2022²⁰⁰, dans le cadre du contentieux Helvet Immo. L'inapplication de la prescription aux actions en réputé non écrit est heureuse car la prescription a été réduite à un délai de cinq ans avec la réforme de 2008, et parce qu'elle relève désormais de la compétence du juge de la mise en état, ce qui a pour effet d'allonger la procédure²⁰¹. Ainsi, en vertu de son imprescriptibilité, la protection contre

¹⁹⁷ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*, pt 28.

¹⁹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 9 mars 1988, n° 86-17.869: Bull. III n°54

¹⁹⁹ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/1919 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*

²⁰⁰ Cass. civ 1^{ère}, 30 mars 2022, n° 19-17.996 ; Cass. civ 1^{ère}, 20 avril 2022, n°20-16.942

²⁰¹ Frédérique SCHMIDIGER, « Épargnants floués : la bataille contre la montre », *Le Figaro, Le Particulier*, 25 octobre 2022

les clauses abusives offre parfois un moyen d'action aux consommateurs qui souhaiteraient contester un contrat conclu plusieurs années auparavant.

170. Fort logiquement, le réputé non écrit produit ses effets rétroactivement. En effet, la clause abusive est « *censée n'avoir jamais existée* »²⁰². Le consommateur ne doit subir aucun effet de la clause abusive. Ainsi, par fiction juridique, le juge doit replacer les parties dans la situation qui aurait été la leur s'ils avaient contracté sans la clause abusive²⁰³.

171. Enfin, le réputé non écrit peut être assorti d'un effet *erga omnes* lorsque le caractère abusif est constaté à l'issue d'une action en suppression des clauses illicites d'une association de consommateurs ou de la DGCCRF, comme il l'a été exposé auparavant. Cet effet *erga omnes* peut prendre deux modalités : soit le juge déclare « *que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques* », soit il ordonne au professionnel « *la suppression d'une clause illicite ou abusive (...) dans tout contrat en cours d'exécution* »²⁰⁴.

La suppression d'une clause et le réputé non écrit ne doivent pas être compris comme des sanctions identiques. En effet, la suppression « *oblige le professionnel à retirer effectivement les stipulations jugées abusives* »²⁰⁵, notamment en proposant un avenant au consommateur. Le réputé non-écrit, en revanche, ne suppose pas d'action du professionnel. Le contrat n'a pas besoin d'être modifié, et dès lors qu'il peut survivre, il continue sa vie juridique délesté des effets de la clause censurée, qui n'est toutefois par matériellement supprimée. Les professionnels ont alors la possibilité de proposer une nouvelle clause en remplacement, sans que le consommateur ne soit obligé d'accepter. La cohabitation de ces deux sanctions a fait l'objet d'une demande de question prioritaire de constitutionnalité par un professionnel qui reprochait le manque d'intelligibilité qui en découlait, mais la cour d'appel de Paris a estimé que cette question n'était pas sérieuse²⁰⁶. La décision concernait l'action de la DGCCRF, mais nul doute que cette solution s'applique également à l'action réservée aux associations de consommateurs.

Ainsi, tous les consommateurs concernés par un contrat condamné peuvent bénéficier d'une décision de justice qui aurait été prononcée en leur absence. Il est regrettable néanmoins

²⁰² Cass. civ. 3^{ème}, 9 mars 1988, n° 86-17.869: Bull. III n°54 (précité)

²⁰³ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, pt 61

²⁰⁴ C.Conso, art. L.621-8

²⁰⁵ G. CHANTEPIE et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Rép. com. Dalloz, *Déséquilibre significatif*, n° 117

²⁰⁶ CA Paris, 15 avril 2021, RG n°20/10957

que cet effet *erga omnes* suppose impérativement l'action ou l'intervention d'une association de consommateurs dans le litige. Par exemple, malgré le développement d'une jurisprudence reconnaissant le caractère abusif des prêts Helvet Immo, il ne s'agit que de décisions individuelles, dont la portée est limitée aux seuls emprunteurs concernés. Chacun des 4 200 emprunteurs doit donc encore agir individuellement pour pouvoir bénéficier de la solution adoptée. Cette situation a pour effet d'encombrer les tribunaux et de faire supporter des frais de justice aux consommateurs. De plus, cela signifie que les clauses abusives continuent de produire leurs effets dans les contrats où le consommateur n'a pas été informé d'une jurisprudence favorable à son égard ou n'a pas souhaité engager les ressources nécessaires pour agir.

B. La révision exceptionnelle de la clause et du contrat

172. La sanction de la clause abusive se devant être dissuasive, la révision de la clause est en principe exclue. Dans le cas contraire, « *les professionnels [...] demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété* »²⁰⁷.

173. Par exemple, l'article 1235-1 du Code civil autorise le juge à moduler une clause pénale qui serait trop excessive ou trop dérisoire. Il s'agit même d'une des rares dispositions du droit commun des contrats auxquelles les parties ne puissent pas déroger. Partant, le juge devrait pouvoir réviser une clause pénale reconnue abusive. Pourtant, la CJUE a estimé que ce pouvoir de révision « *ne serait pas en mesure de garantir, par elle-même, une protection aussi efficace du consommateur que celle résultant de la non-application des clauses abusives* »²⁰⁸. Le constat du caractère abusif d'une clause pénale conduit donc à la disparition de toute pénalité.

174. L'interdiction de réviser une clause abusive pose une difficulté lorsque la clause concernée fixait l'objet principal du contrat, car la suppression de la clause risque d'entraîner la nullité du contrat. La recherche d'un effet dissuasif doit alors être articulé avec « *l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union dans le cadre de la directive 93/13/CEE [qui] consiste à rétablir l'équilibre entre les parties, tout en maintenant, en principe, la validité de l'ensemble*

²⁰⁷ CJUE 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco español de credito*, pt 69

²⁰⁸ *Ibidem*, pt 70

d'un contrat, et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives »²⁰⁹. En effet, comme le souligne la professeure AUBERT DE VINCELLES, prévoir la nullité du contrat à chaque fois qu'une clause abusive est présente dans un contrat de consommation serait « *excessif, et d'ailleurs, parfois moins protecteur pour les consommateurs en raison des restitutions consécutives* »²¹⁰.

La CJUE admet donc que le juge puisse exceptionnellement sauver le contrat pour protéger le consommateur. Cette faculté n'est ouverte que lorsque l'annulation du contrat expose le consommateur à des risques préjudiciables importants. C'est notamment le cas lorsqu'un crédit est annulé, car l'emprunteur doit alors restituer tout le capital prêté. Dans un tel cas en effet, « *le caractère dissuasif résultant de l'annulation du contrat risquerait d'être compromis* »²¹¹ car le professionnel sera assuré que le consommateur n'osera jamais agir en justice. Néanmoins, même dans ce cas, le juge ne peut que substituer à la clause litigieuse le droit interne supplétif applicable, sans procéder à une réécriture de la clause. En ce sens, la Cour de cassation a jugé que lorsque la clause stipulant le taux d'intérêt d'un prêt était déclarée abusive, il était possible de substituer le taux légal au taux conventionnel, dès lors que « *la stipulation d'un intérêt caractérisait le contrat de prêt* » de sorte qu'il était impossible « *de prévoir sa gratuité sous peine d'entraîner son annulation* »²¹².

175. Notons que la primauté de la protection du consommateur lors de la révision d'une clause abusive s'impose dans les mêmes conditions au législateur. La question s'est posée lorsque la Hongrie a adopté une loi déclarant abusives les clauses relatives à l'écart de change dans les crédits libellés en devise étrangère. Cette loi prévoyait la modification de ces clauses afin de sauvegarder la validité des contrats de prêt. La CJUE a estimé que l'article 6§1 de la directive 93/13/CEE ne s'opposait pas à une telle législation, à condition que celle-ci n'ait pas pour effet « *d'affaiblir la protection garantie aux consommateurs* »²¹³. Le juge national doit donc être en mesure de pouvoir annuler le contrat si le maintien du contrat dans les conditions définies par la loi est contraire aux intérêts du consommateur²¹⁴.

²⁰⁹ CJUE 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*, pt 31

²¹⁰ C. AUBERT DE VINCELLES, Chronique Droit européen des obligations – Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice, RTD eur., 2012, 666, n°6.

²¹¹ CJUE 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, pt 83

²¹² Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n°17-23.169

²¹³ CJUE 14 mars 2019, aff. [C-118/17](#), *Dunai*, pt 43

²¹⁴ *Ibidem*, pt 55

176. En tout état de cause, le consommateur a toujours le dernier mot. Dûment informé par le juge du caractère abusif d'une clause, il a la faculté de décider d'être quand même lié par cette clause s'il le souhaite²¹⁵. Dans ce cas le juge n'écartera pas l'application de la clause abusive, car le consommateur renonce à la protection dont il bénéficie contre les clauses abusives. A l'inverse, la CJUE a récemment précisé que le juge était tenu d'annuler le contrat lorsque le consommateur le sollicite, quand bien même il serait susceptible de l'exposer à des conséquences particulièrement préjudiciables²¹⁶. La protection contre les effets des clauses abusives s'apparente donc à un ordre public de protection²¹⁷. A ce titre, la différence est nette avec la sanction du déséquilibre significatif dans les relations commerciales, car dans ce cas la nullité du contrat peut être prononcée par le juge à la demande de l'autorité publique sans le consentement de la victime, qui doit seulement être informée (voir *supra* n°46).

177. Remarquons enfin que le caractère non contraignant des clauses abusives offre parfois des solutions un peu trop rigides. Ainsi, la conséquence de la constatation du caractère abusif d'une clause de choix de loi qui ne serait pas transparente, telle que c'était le cas dans l'arrêt *Verein für Konsumenteninformation contre Amazon*, est la suppression de cette clause, de sorte que les contrats conclus avec Amazon devaient être soumis à la loi du pays de résidence du consommateur. Pourtant, le règlement Rome 1 proposait une solution plus fine que la simple suppression de la clause. Il prévoit en effet qu'en présence d'une clause de choix de loi, la loi choisie s'applique sans préjudice des lois plus protectrices du pays du consommateur, permettant ainsi au consommateur de profiter des lois protectrices du pays d'origine et du pays choisi.

Ainsi, en encadrant les contrats de consommation, la protection contre les clauses abusives permet de légitimer ces contrats et de renforcer la confiance des consommateurs envers les professionnels. Les « consommateurs », catégorie juridique objective qui transcende les nombreuses différences sociales et économiques qui existent entre les personnes qui concluent des contrats avec un professionnel à des fins personnelles, bénéficient d'une protection étendue, qui leur empêche d'être lié par une clause abusive. L'effet utile de cette protection justifie d'ailleurs qu'ils ne peuvent y renoncer.

²¹⁵ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM.

²¹⁶ CJUE, 16 mars 2023, aff. C-6/22

²¹⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, op.cit. n°960

Section 2 : Les obstacles à une protection pleinement effective

178. La protection des consommateurs souffre de l'absence d'effet restitutoire automatique (§1). En outre de nombreux obstacles socio-économiques obèrent l'effectivité de cette protection (§2).

§1. Un obstacle procédural : l'absence d'effet restitutoire automatique

179. Comme exposé ci-dessus, le réputé non écrit doit être rétroactif, et replacer les parties dans la situation dans laquelle ils se seraient trouvés en l'absence de la clause abusive. Cette rétroactivité implique que lorsque le contrat a été en partie ou totalement exécuté et que de ce fait la clause abusive a produit des effets antérieurement à la décision de justice constatant son caractère abusif, il soit procédé à des restitutions. La CJUE énonce ainsi que « *l'obligation pour le juge national d'écarter une clause contractuelle abusive imposant le paiement de sommes qui se révèlent indues emporte, en principe, un effet restitutoire correspondant à l'égard de ces mêmes sommes* »²¹⁸. Concrètement, les consommateurs doivent obtenir un remboursement des paiements indus.

180. L'effet restitutoire du réputé non écrit est une composante essentielle de la protection effective contre les consommateurs. D'une part, il permet de réparer au mieux le préjudice subi par le consommateur. D'autre part, comme le note la CJUE, « *l'absence d'un tel effet restitutoire serait susceptible de remettre en cause l'effet dissuasif* »²¹⁹ attaché au réputé non écrit. En effet, la restitution des avantages indus peut obliger le professionnel à payer des sommes très importantes, notamment dans les contentieux relatifs aux contrats de crédits immobiliers, et permet d'éviter que le professionnel ne conserve les gains issus de la clause.

181. La CJUE a récemment introduit une limite à l'effet restitutoire dans l'affaire *Caixabank* du 16 juillet 2020 en précisant que la restitution devait être faite en considération des dispositions du droit national qui auraient eu vocation à s'appliquer en l'absence d'une telle clause²²⁰. Ainsi, si la loi prévoit que le consommateur doit supporter une partie des frais de constitution et de mainlevée d'hypothèque en l'absence d'accord des parties, la suppression

²¹⁸ CJUE, 21 déc. 2016, aff. jtes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, pt 62

²¹⁹ *Ibid.*, pt. 63

²²⁰ CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-224-19, *Caixabank*, pt 54

d'une clause contractuelle abusive imposant au consommateur le paiement de la totalité de ces frais ne donne lieu à restitution que des sommes indues, de sorte qu'une partie des frais restera à la charge du consommateur.

182. La demande de restitution peut être assortie d'un délai de prescription, contrairement à la demande en réputé non écrit, pour autant que son application ne rend pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits du consommateur²²¹. Ainsi en France, l'action en restitution est assortie d'un délai de prescription quinquennale²²². Néanmoins, certaines juridictions françaises ont fait courir le point de départ de ce délai à compter de la conclusion du contrat, ce qui avait pour effet de considérablement réduire l'effectivité de la protection contre les clauses abusives dès lors que le professionnel était assuré de conserver les avantages indus passé un délai de cinq ans. La CJUE s'est prononcée contre cette interprétation, dès lors que « *ce délai risque d'avoir expiré avant même que le consommateur ne puisse avoir connaissance de la nature abusive d'une clause contenue dans le contrat en cause* »²²³. L'effectivité de l'effet restitutoire serait en revanche assuré si le délai court à compter du prononcé de la décision constatant le caractère abusif de la clause, ce que préconise la CCA dans son rapport annuel de 2021²²⁴. Du reste, prenant acte de la jurisprudence de la CJUE, plusieurs cours d'appel ont reconnu que le droit à restitution naît de la reconnaissance judiciaire elle-même du caractère abusif des clauses²²⁵.

183. Toutefois, l'effet restitutoire est trop peu mis en œuvre en France. En effet, comme le constate la CCA dans son rapport annuel de 2021, aucune disposition du droit national ne permet ou n'impose au juge de prononcer la restitution au consommateur des sommes illégitimement perçues par le professionnel. La transposition de la directive omnibus, qui a renforcé les sanctions contre les clauses abusives, n'a pas non plus introduit de disposition en ce sens²²⁶. Dès lors, les décisions des juges ne tirent pas pleinement conséquence de la

²²¹ CJUE, 9 juill. 2020, aff. C-698/18, *Raiffeisen Bank*, pt 58

²²² Code civil, art 2224

²²³ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/1919 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, pt 47

²²⁴ CCA, Rapport annuel 2021, pt 47

²²⁵ V. par ex : CA Paris, 22 mars 2023, RG n°18/18698 (pôle 5 chambre 6)

²²⁶ S. BERNHEIM-DESVAUX et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *op. cit.*

constatation du caractère abusif d'une clause, en l'absence d'automaticité de la restitution, qui doit faire l'objet d'une demande distincte.

Afin de se conformer à la jurisprudence européenne, la CCA préconise d'intégrer l'effet restitutoire dans la loi sous la formule suivante : « *Le juge, qui constate la présence d'une clause abusive et la répute non écrite replace le consommateur, à sa demande, dans la situation en droit et en fait dans laquelle il se serait trouvé en l'absence de ladite clause.* »²²⁷

184. La forme prise par la restitution est une source de difficultés. Le droit commun des contrats prévoit certes un mécanisme de restitution légale qui est mis en œuvre en cas de suppression d'une clause²²⁸. Néanmoins, cette restitution consiste seulement à rembourser les sommes directement versées en application de la clause et ne prend pas en compte les avantages indus dont a profité le professionnel, pas plus que les pertes indirectement subies par le consommateur. La restitution est aisément mise en œuvre lorsque la clause supprimée prévoyait le versement abusif d'une somme, par exemple s'agissant d'une clause pénale, car il suffira d'ordonner au professionnel de restituer la somme qu'il a perçu.

En revanche, la restitution devient plus complexe lorsque la clause abusive ne cause qu'un préjudice indirect pour le consommateur. Par exemple, comment remettre les parties dans la situation dans laquelle ils se seraient trouvés en l'absence d'une clause abusive qui a permis au professionnel de résilier unilatéralement le contrat ? Il faudrait ici rétablir le contrat s'il a été résilié en vertu de cette clause, ou, à tout le moins, indemniser le préjudice subi du fait raison de la résiliation, difficilement évaluable. Et comment opérer une restitution au profit du consommateur qui a été dissuadé d'agir contre le professionnel à cause d'une clause évasive de responsabilité ? Ici, le préjudice subi est une perte de chance, dont l'évaluation est nécessairement incertaine, et ne peut relever du mécanisme de restitution légale.

Ainsi, la restitution doit souvent être complétée par des dommages-intérêts, grâce à une demande en responsabilité délictuelle, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Cela suppose donc de démontrer un préjudice, parfois difficile à évaluer, ce qui n'est pas satisfaisant au regard de l'effectivité de la protection contre les clauses abusives.

185. L'effet restitutoire est encore plus limité lorsque la constatation du caractère abusif résulte d'une action en suppression des clauses abusives. En effet, comme la restitution doit

²²⁷ CCA, Rapport annuel 2021, pt 47

²²⁸ Code civil, art. 1352 et s.

faire l'objet d'une demande des consommateurs concernés, le juge saisi par une association de consommateurs ne peut pas, en l'état du droit national, ordonner des restitutions au profit des consommateurs n'étant pas partie au litige. La CCA prend ainsi l'exemple du Uber et SFR, qui ont été condamnés pour avoir eu recours à des clauses abusives, mais n'ont pas été condamnés en conséquence à rembourser à l'ensemble des clients concernés les sommes indûment prélevées. Ainsi, une fois qu'une association de consommateurs a obtenu la constatation du caractère abusive d'une clause présente dans une multitude de contrats en cours, les consommateurs concernés ne profitent pas rétroactivement de cette décision. On constate donc qu'en pratique l'effet *erga omnes* des actions en suppression est limité aux effets dans l'avenir des clauses réputées non écrites, et ne s'étend pas aux restitutions des effets du passé.

Les consommateurs doivent donc saisir eux même le juge s'ils souhaitent obtenir une restitution consécutivement à une action en suppression engagée par une association. Cette situation est insatisfaisante au regard de l'effectivité de la protection contre les clauses abusives, dès lors qu'elle n'assure pas l'automaticité de leur caractère non-contraignant.

Il est ainsi nécessaire que chaque consommateur concerné soit informé de son droit à obtenir une restitution. La seule communication effectuée par les associations de consommateurs étant insuffisante, ces dernières peuvent demander au juge qui constate le caractère abusif d'une clause qu'il ordonne au professionnel « *d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés* »²²⁹. La CCA relève toutefois que cette publication n'est pas adaptée et préconise de compléter le texte pour que le professionnel puisse être contraint de fournir une « *information sur le droit à restitution* »²³⁰.

186. Pour l'heure, seule l'action de groupe offre aujourd'hui la possibilité d'un effet restitutoire collectif, mais elle fonctionne sur le principe de la responsabilité civile de sorte qu'elle suppose là aussi la démonstration d'un préjudice. Aucune action de groupe dirigée contre un professionnel ayant eu recours à des clauses abusives n'a pour l'instant eu du succès.

§2. Les obstacles socio-économiques

Déjà en 2000, la Commission européenne constatait que le caractère non contraignant des clauses abusives n'était que « *très partiellement efficace : il est en grande mesure tributaire non seulement de la facilité de l'accès à la justice pour les consommateurs, mais également et peut-*

²²⁹ C.Conso, art. L621-8 alinéa 2

²³⁰ CCA, Rapport annuel 2021, pt 49

être en premier lieu, de l'information et de l'éducation du consommateur dans ces domaines »²³¹. Ainsi, la protection des consommateurs souffre du défaut d'information de ces derniers (A) et de leurs réticences à agir en justice (B).

A. La difficulté de débusquer une clause Une information insuffisante sur la protection dont ils bénéficient

187. L'effectivité de la protection des consommateurs est grandement atténuée par le fait que les consommateurs ont rarement conscience d'être soumis à des clauses abusives. Cette situation est due au fait que les consommateurs n'ont ni le temps et ni les moyens d'étudier en profondeur les contrats (1) et qu'ils sont souvent mal informés sur la protection dont ils bénéficient (2).

1. La difficulté d'appréhension des contrats

188. Une grande partie du commerce et des services sont effectués par des contrats oraux. Bien que les clauses abusives puissent théoriquement être orales, on les retrouve en réalité toujours dans des contrats écrits. Les consommateurs peuvent se retrouver physiquement face à un contrat de consommation lors d'achat conséquent, par exemple d'un appareil électroménager ou d'un véhicule, ou encore lors de la souscription d'un prêt ou d'une assurance. Le commerçant doit laisser au consommateur la possibilité de prendre entièrement connaissance du document de plusieurs pages avant de le signer, mais dans les faits le consommateur ne prend rarement le temps de le faire. Ces documents doivent respecter certaines exigences de forme pour être pleinement lisibles, dès lors que selon l'article L. 211-1 du Code de la consommation, les clauses « *doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Cette exigence est plus précise s'agissant des contrats de crédits, car ils doivent impérativement être « *rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* »²³². Loin d'être triviale, cette exigence de forme, qui permet de s'assurer que le consommateur puisse effectivement lire le contrat, est parfois un enjeu de la régularité du contrat, comme en témoigne le récit d'Etienne RIGAL.

²³¹ Commission européenne, Rapport de sur l'application de la directive 93/13/CEE/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 27 avril 2000, COM/2000/0248

²³² C.Conso., art. R. 312-10.

189. Surtout, la consommation est marquée par un fort développement du commerce en ligne et de l'utilisation de services numériques. Selon la FEVAD, les Français réaliseraient en moyenne 4,2 transactions en ligne en moyenne par mois²³³. Or les contrats en lignes sont caractérisés par de très longues conditions générales, qui demandent un temps conséquent pour être lues. A titre d'exemple, l'UFC-que-choisir a évalué le temps de lecture des conditions de vente de la Fnac à 1 heure 53 minutes, et celles de Cdiscount à 2 heures 8 minutes²³⁴.

190. Le droit ne prévoit aucune obligation particulière quant à la forme que doivent prendre les conditions générales. Le professionnel doit simplement s'assurer « *que le consommateur puisse prendre connaissance de toutes les clauses d'un contrat avant la conclusion de celui-ci* »²³⁵. Remarquons à ce titre que la CJUE a récemment estimé les informations précontractuelles relatives aux contrats à distance, issues de la directive 2011/83, pouvaient être mises à disposition des consommateurs dans un lien hypertexte, et qu'elles ne devaient être fournies directement au consommateur sur un support durable que postérieurement à la signature du contrat²³⁶. Ainsi, rien n'incombe au professionnel de s'assurer que le consommateur ait bien lu les conditions générales, et un simple renvoi peut être satisfaisant. La protection contre les clauses abusives n'économise donc pas le consommateur d'une action afin de prendre connaissance des clauses contractuelles.

191. Notons, que les conditions générales font régulièrement l'objet de modifications, que ce soit pour les adapter à de nouvelles offres, pour modifier la rédaction de certaines clauses, ou pour intégrer de nouvelles informations légales. Il faut alors distinguer deux cas. Pour les contrats à exécution instantané, comme les ventes, le consommateur reste soumis aux conditions en vigueur à la date de la souscription. Le risque est que lors d'une nouvelle commande le consommateur ne soit pas informé d'un changement des conditions générales et contracte en pensant que les conditions passées s'appliquent. En revanche, pour les contrats à exécution successive en cours, comme les abonnements à un service numérique, le professionnel doit informer les consommateurs concernés un mois en avance²³⁷. Le

²³³ FEVAD, Chiffres clés du e-commerce 2022

²³⁴ UFC-Que-choisir, « Conditions générales. À l'épreuve du chrono », sur quechoisir.org [en ligne], publié le 2 février 2022, [consulté le 2 juin 2023]

²³⁵ CJUE, 20 avril 2023, aff. C-263/22

²³⁶ CJUE, 24 fev. 2022, aff. C-536/20, *Tiketa*

²³⁷ C.Conso, art. L.224-33

consommateur a alors la possibilité de résilier sans frais le contrat, ce qui permet de s'assurer de son consentement aux nouvelles conditions par un mécanisme d'*opt out*. La modification des conditions générales permet néanmoins aux professionnels d'insérer des clauses abusives dans des contrats en cours, pouvant facilement échapper à la vigilance des consommateurs et des associations. Pour faciliter le repérage des clauses modifiées, l'Ambassadeur du numérique a mis en place un outil nommé *Scripta Manent* qui utilise les bases de données pour comparer plusieurs versions des conditions générales d'un site²³⁸.

192. La prise de connaissance des clauses d'un contrat est d'autant plus compliquée que par une simple transaction le consommateur peut conclure une multitude de contrats avec plusieurs professionnels. Prenons l'exemple d'un consommateur qui souhaite acheter un billet de train en ligne sur le site www.sncf-connect.com²³⁹. Pour faciliter la transaction, le site lui propose d'abord de créer un compte et ainsi souscrire aux « *Conditions Générales d'Utilisation et de Confidentialité du service d'authentification Mon Identifiant SNCF* ». Ensuite, en réservant le billet, le consommateur souscrit aux « *Conditions générales de vente et d'utilisation du site www.sncf-connect.com* ». Comme la société SNCF Connect n'est qu'une agence de voyage faisant office de distributeur, le consommateur doit également souscrire aux « *Conditions générales de vente* » du transporteur, par exemple la société SNCF Voyages. Enfin, il doit effectuer le règlement en utilisant un moyen de paiement électronique, par exemple une carte bancaire, ce qui implique l'existence d'un contrat conclus au préalable avec un prestataire de service de paiement. En outre, lors du parcours d'achat, le site propose au consommateur la souscription d'un contrat d'assurance auprès d'un organisme tiers. Ajoutons qu'une fois le paiement effectué, le consommateur est sollicité par une entreprise de *cashback* qui propose le remboursement d'une partie du billet, moyennant la souscription à un programme de fidélité²⁴⁰. Au total, la transaction peut mettre en œuvre jusqu'à six contrats, tous susceptibles de comporter des clauses abusives.

193. Par-dessus tout, quand bien même le consommateur serait parfaitement diligent et disposerait du temps nécessaire pour lire attentivement l'intégralité des contrats auxquels il souscrit, il est souvent poussé par les professionnels à contracter au plus vite. Ainsi, le

²³⁸ <https://disinfo.quaidorsay.fr/fr/open-terms-archive/scripta-manent?service=123Greetings&typeofdocument=Privacy+Policy>

²³⁹ V. Annexe n°I

²⁴⁰ Ce type de service est d'ailleurs très critiqué en raison de leur manque de clarté.

consommateur dispose souvent d'un temps limité pour confirmer une commande. Ce temps n'est par exemple que de dix minutes sur le site *www.sncf-connect.com*²⁴¹.

194. Ainsi, non seulement les consommateurs ne négocient pas les termes de leurs contrats, mais en plus leur consentement est extrêmement limité. Il serait plus juste de parler d'un assentiment, contraint par la réalité des moyens et du temps dont ils disposent. Cet assentiment repose sur la confiance que les consommateurs portent envers la bonne foi des professionnels, mais également envers la capacité des pouvoirs publics à réguler les bonnes pratiques.

195. Pour inciter les consommateurs à lire contrats qu'ils signent, il serait possible d'imaginer une obligation de consentir au contrat clause par clause. Il serait possible de s'inspirer de la réglementation protégeant les données personnelles, qui exige un consentement spécifique pour chaque traitement de données, ce qui prend la forme d'un formulaire avec plusieurs cases à cocher. De plus, le droit prévoit que dans certains cas le consommateur appose lui-même la mention qu'il souhaite s'engager²⁴² ou au contraire renoncer à un avantage²⁴³, afin de s'assurer qu'il a pleinement connaissance de la portée de ce qu'il signe.

Néanmoins, la généralisation de telles exigences formelles serait manifestement très contraignante et inadaptée à la réalité des transactions de consommation. Elle ne permettrait pas de rendre la protection contre les clauses abusives efficace, car elles entraîneraient des conséquences économiques disproportionnées à l'objectif recherché.

196. En outre, la lecture du contrat ne suffit pas, il faut également un travail de qualification juridique pour repérer les clauses abusives. Aux yeux des consommateurs, le contrat revêt une apparence de légalité. Par exemple, lorsqu'un consommateur qui a reçu un produit défectueux va lire le contrat et voir une clause évasive de responsabilité, il est fort probable qu'il ne songe pas à la contester et qu'il renonce à agir contre le professionnel. C'est d'ailleurs précisément le but des clauses de « *laisser-croire* », qui induisent en erreur le consommateur en ne citant que partiellement des articles de loi. D'autant que même lorsqu'une clause apparaît très sérieusement abusive, le consommateur est toujours soumis à une incertitude tant qu'un juge n'a pas tranché.

²⁴¹ V. Annexe n°I

²⁴² V. par ex. Code civil, art. 2297 pour la conclusion d'un contrat de cautionnement

²⁴³ V. par ex. C. Conso, art. L313-42 pour la renonciation à la condition suspensive légale d'obtention d'un prêt

2. Le manque de connaissance des consommateurs sur leurs droits

197. Dès l'origine, l'Union européenne a souligné la nécessité d'éduquer les personnes « *de manière à leur permettre d'agir en consommateurs avisés, capables d'effectuer un choix éclairé entre les biens et services et conscients de leurs droits et de leurs responsabilités* »²⁴⁴. Cet objectif a été consacré en tant que principe à l'article 169 paragraphe 1 du TFUE²⁴⁵. Il a donné lieu à diverses opérations de communication, telle que la publication en 1996 d'un « *Guide du consommateur européen dans le marché unique* » fournissant des informations pratiques et illustrées. Néanmoins, force est de constater que l'action de l'Union européenne en matière d'information des consommateurs sur leurs droits est insuffisante, ce qui peut s'expliquer par l'absence de fondement juridique en la matière²⁴⁶.

198. De nombreux acteurs sont impliqués dans la transmission d'informations juridiques aux consommateurs. Tout d'abord, les services publics, tels que l'Institut national de la consommation (INC) et les Centres européens des consommateurs, ont pour mission de communiquer avec les consommateurs. Ensuite, les associations de consommateurs jouent un rôle crucial dans l'éducation des consommateurs, à la fois à l'échelle nationale (via des sites web et des journaux) et à l'échelle locale (par le biais de permanences et de campagnes de sensibilisation). Enfin, les acteurs du monde judiciaire, tels que les juges, les avocats, mais également les greffiers²⁴⁷, permettent d'informer les consommateurs sur leurs droits, que ce soit lors d'un litige ou en amont. La presse peut également participer à la sensibilisation des consommateurs, notamment lorsqu'elle se fait le relais des communiqués de presse fournis par les avocats et la CJUE.

199. Remarquons que le terme même de « *clause abusive* » a été choisi lors de l'adoption de la loi de 1978 pour être plus facilement appréhendable par le consommateur. En effet, le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale employait le terme de « *clause léonine* ».

²⁴⁴ Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, JOCE, n° C 92, 25 avr. 1975, pt. 42

²⁴⁵ TFUE, art. 169 §1 : « *Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts* »

²⁴⁶ V. CHRISTIAN, F. PICOD, « Consommateur. Section 15 - Éducation des consommateurs », Répertoire de droit européen, Dalloz, janvier 2003, actualisation juillet 2022, n°523

²⁴⁷ Décret n° 92-414 du 30 avril 1992, art. 2 : « *les greffiers ont également vocation à exercer des fonctions d'encadrement, des fonctions de gestion et des fonctions d'accueil et d'information du public* »

Néanmoins ce terme a été abandonné dans le texte final, car il avait été remarqué lors des débats parlementaires que s'il était bien connu des juristes français, il était plus abscons pour consommateurs²⁴⁸.

200. Le site *SignalConso.gouv*, plateforme de signalement automatisé mise en place par la DGCCRF en 2020, permet à un consommateur qui a rencontré une difficulté juridique avec une entreprise de remplir un signalement dans un formulaire dédié. Le site, qui se veut pédagogique, guide le consommateur avec un système d'arbre logique : le consommateur doit choisir une catégorie qui correspond le plus près à sa situation, puis est amené à préciser les faits par une série de question à choix multiples²⁴⁹. La plateforme n'est néanmoins pas adaptée pour signaler la présence de clauses abusives dans un contrat.

Prenons la situation d'un consommateur qui aurait conclu un contrat d'installation de panneau photovoltaïque comportant une clause évasive de responsabilité. Dès le premier embranchement de choix, il n'y a aucune catégorie qui évoque les clauses abusives ni même les contrats. Le consommateur devra donc choisir la rubrique « *Travaux / Rénovation* ». Il devra ensuite préciser « *Rénovation énergétique* », puis « *Production d'énergie renouvelable* », puis « *Contrat* », et il pourra enfin choisir la rubrique « *Clause abusive* », sous-titrée « *Vous souhaitez dénoncer une clause qui vous est particulièrement défavorable* ». Le consommateur devra donc cliquer quatre fois avant que la plateforme lui suggère de signaler une clause abusive. Plus étonnant encore, la catégorie « *achat en ligne* » ne contient aucune rubrique relative aux clauses abusives. Un consommateur qui penserait être victime d'une clause abusive dans un contrat d'achat conclu sur Internet ne peut donc pas effectuer de signalement sur SignalConso, à moins de sélectionner la catégorie « *autre* ».

Le *design* de ce site ne semble donc pas adapté pour alerter le consommateur du risque que son contrat contienne des clauses abusives. Même lorsque la rubrique « *clause abusive* » est sélectionnée, la plateforme ne propose pas de précisions supplémentaires, de sorte qu'il revient au consommateur de compléter son signalement dans un encart de traitement de texte. Seul un consommateur déjà averti sur la prohibition des clauses abusives peut réalistiquement effectuer un signalement à ce titre. Il est ainsi regrettable que la plateforme de la DGCCRF n'invite pas les consommateurs à s'interroger sur la régularité de son contrat, notamment au

²⁴⁸ Gisèle MOREAU, Débats parlementaire de l'Assemblée nationale, 12 décembre 1977, <https://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1977-1978-ordinaire1/082.pdf>

²⁴⁹ V. Annexe n°II

regard de la liste noire et la liste grise, en proposant des situations facilement identifiables telles que « *Votre contrat vous interdit d'agir en responsabilité contre votre vendeur* ».

B. Le coût d'une procédure

201. Malgré le fait que les clauses abusives soient censées être dépourvues d'effet contraignant sans intervention judiciaire, il apparaît en pratique bien souvent nécessaire d'avoir recours aux tribunaux. Ainsi, bien que le principe d'effectivité ait permis d'aménager la procédure civile en faveur du consommateur, encore faut-il « *qu'une procédure juridictionnelle ait été engagée par l'une des parties au contrat* »²⁵⁰. Or, les consommateurs sont souvent réticents à agir devant les tribunaux, qui constituent « *un monde inconnu du grand public* »²⁵¹. Du reste, les coûts liés à la saisine du juge, rapportés à la valeur de l'objet du contrat, sont généralement dissuasifs, voire prohibitifs.

202. En principe, dans un procès civil, chaque partie avance ses propres frais. Il peut s'agir des honoraires d'avocat, des frais de déplacement, des frais d'huissier, etc. Il y a également des frais de justice à proprement parler, c'est-à-dire des droits fixes de procédure, par exemple les frais pour se pourvoir en appel qui sont de 225 euros depuis le 1er janvier 2015.

203. A l'issue du procès, la partie perdante est condamnée à prendre en charge les « *dépens* », qui correspondent aux frais nécessaires directement liés à la procédure engagée. Le juge dispose de la possibilité de faire supporter une partie des dépens à la partie gagnante par une décision motivée²⁵², mais sur ce point la CJUE estime que faire peser une partie des dépens procéduraux sur le consommateur à la suite de la constatation de la nullité d'une clause abusive n'est pas conforme à la directive 93/13/CEE/CEE. Dans le cas contraire, la répartition des dépens serait « *de nature à dissuader le consommateur d'exercer ledit droit, eu égard aux frais qu'une action en justice entraînerait* »²⁵³. En revanche, la CJUE a récemment précisé que le consommateur peut supporter ses propres dépens quand il obtient satisfaction par voie

²⁵⁰ CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Lintner*, pt 29

²⁵¹ Marie-Hélène DE LAENDER « Le consommateur face au(x) droit(s) », in *Comportement du consommateur*, Edition Vuibert, 2016, chapitre 8, p.253 à 279, paragraphe 8

²⁵² CPC, art. 696

²⁵³ CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-224/19, *Caixabank*, pt 98

extrajudiciaire à condition que le juge puisse tenir compte de la mauvaise foi du professionnel²⁵⁴.

204. Certains frais sont notoirement exclus de la liste limitatives des dépens, et notamment les honoraires d’avocat. Ces frais irrépétibles ne sont pas en principe remboursés par la partie perdante. L’article 700 du Code de procédure civile offre néanmoins au juge la possibilité de condamner cette dernière à prendre en charge ces frais. Pour cela, il « *tient compte de l’équité ou de la situation économique de la partie condamnée* »²⁵⁵. Contrairement aux dépens, qui sont remboursé au montant exact, les frais irrépétibles donne lieu à une indemnisation forfaitaire. Si ce dispositif « *favorise la mise en œuvre concrète du droit substantiel* » en réduisant les freins financiers à l’action²⁵⁶, de nombreux auteurs et praticiens dénoncent toutefois l’arbitraire qui règne dans l’allocation de cette indemnité, généralement trop maigre pour couvrir l’ensemble des frais de justice. Par ailleurs, cet article peut bien-sûr se retourner contre le consommateur, qui, en cas de rejet de sa demande, peut se voir condamner à payer une indemnité au professionnel.

205. Les consommateurs les moins aisés peuvent néanmoins bénéficier de l’aide juridictionnelle pour prendre en charge tout ou partie des frais de justice.

206. Outre le coût pécuniaire directement induit par l’action en justice, le consommateur peut être dissuadé en raison des incertitudes et des délais qui caractérisent le monde judiciaire. L’action en justice ne suspend pas l’exécution du contrat, et les dettes qui en découlent sont toujours exigibles, de sorte que le tribunal n’offre pas une solution immédiate. Par ailleurs, même dans le cas où le consommateur obtient une décision favorable en première instance, le professionnel peut exercer des recours, pouvant aboutir à un rétablissement de la clause.

207. Ainsi, l’action en justice constitue une prise de risque certaine pour le consommateur, qui, en cas d’échec, peut se voir condamner à supporter les frais engagés par le professionnel, en plus de devoir assumer ses propres frais. Surtout, même quand le juge reconnaît le caractère abusif de la clause litigieuse, la longueur de la procédure et les frais restant à la charge du

²⁵⁴ CJUE, 22 septembre 2022, aff. C-215/21, v. Mai-Lan DINH, « Concurrence déloyale : l’évaluation du préjudice résultant de pratiques commerciales trompeuses », sur actu-juridique.fr [en ligne], publié le 26 août 2020

²⁵⁵ CPC, art. 700, alinéa 4

²⁵⁶ Frédéric ARBELLOT, « Intérêt sociologique de l’article 700 du code de procédure civile », Dalloz, Répertoire de procédure civile, *Frais irrépétibles*, n°8 et s., avril 2021

consommateur font de ce succès une victoire à la Pyrrhus. En effet, le coût du procès s'avère souvent supérieur au produit de l'action, ce qui est largement dissuasif.

208. L'action contre les clauses abusives est coûteuse non seulement pour le consommateur, mais également pour les juridictions, qui peuvent devoir faire face à une multiplication des demandes de nature à engendrer un encombrement des tribunaux. Or, l'absence d'automatisme de l'effet restitutoire contraint de recourir systématiquement au juge pour obtenir les restitutions découlant du réputé non écrit, ce qui n'est vraisemblablement pas adapté aux spécificités des contentieux de masse qui caractérisent la lutte contre les clauses abusives.

Pour éviter la multiplication des actions judiciaires, il pourrait être souhaitable que la loi prévoit la possibilité à une autorité administrative comme la DGCCRF d'intervenir à la suite d'une décision constatant le caractère abusif d'une clause contenue dans de nombreux contrats. L'administration pourrait ainsi prononcer une injonction administrative de se mettre en conformité en restituant les sommes perçues indument. Elle pourrait également sanctionner le professionnel qui ne tirerait pas les conséquences de la constatation du caractère abusif d'une clause.

Par ailleurs, le législateur ou le pouvoir réglementaire pourrait mettre en place un mécanisme de restitution extra-judiciaire. C'est par exemple la solution qu'a adoptée l'Espagne pour éviter un engorgement des tribunaux à la suite de la reconnaissance du caractère abusif des clauses « plancher » insérés dans les contrats de crédit hypothécaire²⁵⁷. L'État ibérique souhaite désormais créer une « Autorité de protection des clients financiers » qui pourrait connaître des plaintes en matière de clause abusives, ce qui délesterait les tribunaux et réduirait les frais pour les consommateurs²⁵⁸.

Par ailleurs, à la suite du contentieux concernant les crédits libellés en devise étrangère, la Hongrie a mis en place un dispositif innovant. Elle a adopté une loi présumant rétroactivement que certaines clauses de ces crédits étaient abusives. Les professionnels concernés pouvaient alors engager une action en justice pour contester le caractère abusif de leurs clauses, mais aucun de ces recours n'a abouti, de sorte qu'ils ont dû supprimer la clause abusive de leurs contrats-types de crédit et rembourser les emprunteurs auxquels ladite clause

²⁵⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, *Traité de droit civil*, op.cit. n°957, p. 897

²⁵⁸ Alternatives Economiques, « L'Espagne entend mieux protéger les victimes des abus bancaires », 5 mai 2023

a été appliquée. Ce dispositif a été validé par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a estimé qu'il ne violait pas le droit au procès équitable des professionnels²⁵⁹.

209. Ainsi, malgré le large déploiement de la protection contre les clauses abusives, des obstacles durables empêchent sa pleine effectivité. Alors qu'il faudrait dissuader le professionnel d'insérer des clauses abusives, il apparaît que le consommateur est souvent dissuadé d'agir en justice pour faire valoir ses droits. Du reste, le consommateur a rarement conscience d'être lié par une clause abusive, contraint de faire confiance en la régularité des longs contrats auxquels il souscrit.

Néanmoins, dès lors que la protection contre les clauses abusives poursuit l'objectif d'instaurer la confiance du consommateur dans les contrats d'adhésion, il est permis de considérer que l'effectivité de réglementation a été atteinte à cet égard. Malgré la persistance de certaines clauses abusives et les limites de l'action du consommateur malchanceux à l'encontre de celles-ci, le taux d'infraction semble suffisamment faible pour ne pas dissuader le consommateur d'avoir recours aux contrats de consommation. Au contraire, le commerce s'est développé et les personnes contractant avec des professionnels pour des besoins personnels ont de plus en plus conscience d'appartenir à la catégorie de « consommateur », protégé par un ensemble de règles, telle que la protection contre les clauses abusives. C'est en vertu de cette dernière qu'ils peuvent souscrire à de longues conditions générales avec une certaine confiance.

²⁵⁹ CEDH, 27 novembre 2018, requête n°22853/15, *Merkantil Car Zrt. c. Hongrie*

CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LA PARTIE FORTE

210. Les professionnels sont les premiers destinataires de la réglementation contre les clauses abusives car ils sont les rédacteurs des contrats de consommation. Ils ont pris conscience de l'importance de la protection conférée par cette réglementation et ont réagi en adaptant leurs contrats et leurs pratiques (Section 1). Certains l'ont fait volontairement, conscients des avantages à long terme d'une approche respectueuse des droits des consommateurs. D'autres ont été contraints par la pression exercée par les autorités de régulation et les associations de consommateurs. Néanmoins, l'effectivité de la réglementation est incomplète dès lors que l'on constate un recours persistant aux clauses abusives (Section 2).

Section 1 : L'évolution des pratiques des professionnels

211. La réglementation contre les clauses abusives produit des effets certains auprès des professionnels, qui doivent non seulement proposer des contrats conformes (§1) mais également adopter une démarche plus transparente (§2).

§1. La mise en conformité des contrats

212. Le droit consommériste a pour objectif d'éradiquer la présence des clauses abusives dans les contrats proposés aux consommateurs. Cet objectif répond également aux intérêts « *des concurrents professionnels* »²⁶⁰, qui veulent bénéficier d'un marché sain permettant un meilleur exercice de la concurrence et dans lequel les consommateurs contracteraient en confiance.

213. Les professionnels ont parfois recours à l'autorégulation. Par exemple, l'organisation patronale du MEDEF a publié un an après le décret instituant les listes noires un guide pratique destiné à éviter les clauses abusives dans les contrats de consommation²⁶¹. Néanmoins, l'autorégulation en matière de clauses abusives est relativement limitée. Il n'existe pas par exemple d'organe consultatif qui assurerait un contrôle des contrats, comme le fait l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) avec les annonces publicitaires.

²⁶⁰ Dir. 93/13/CEE/CEE, art. 7 §1

²⁶¹ *Guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles*, MEDEF, mars 2010, sur lequel v. N. SAUPHAOR-BROUILLAUD, « Un an après le décret n°2009-302 du 19 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation », RLDC sept. 2007, p7

214. Afin de proposer des contrats conformes à la réglementation contre les clauses abusives, les professionnels ont fréquemment recours à une expertise juridique. Selon les ressources et les besoins de chaque entreprise, cette expertise peut être obtenue en interne, par le recrutement de juristes, ou en externe, en faisant appel à un avocat spécialisé. Les réseaux d'enseignes constituent également une solution permettant aux professionnels indépendants d'accéder à une expertise juridique en mutualisant leurs ressources. Par exemple, plusieurs commerçants de détail peuvent choisir de se rassembler pour vendre leurs produits en ligne sur une plateforme nationale centralisée, qui est régie par des conditions générales communes.

215. Le souci de conserver des contrats conformes à la réglementation contre les clauses abusives amène notamment les professionnels à réaliser un travail de veille juridique, afin d'anticiper les jurisprudences et les recommandations de la CCA qui pourraient remettre en cause leurs contrats.

216. La mise en conformité des contrats peut être réactive plutôt que préventive, résultant d'une réponse à une action ou à une menace d'action contraignante. Ainsi, les professionnels peuvent faire le choix d'adapter des clauses de leurs contrats à l'issue d'une réclamation par un consommateur, que ce soit auprès du service client de l'entreprise ou devant un médiateur de la consommation. Par ailleurs, dans une communication diffusée le 5 avril 2023 la DGCCRF a incité les professionnels à se saisir des signalements effectués par les consommateurs sur la plateforme *signalconso*²⁶².

217. De surcroît, avant tout procès, la DGCCRF peut avertir les professionnels, voire les enjoindre de se mettre en conformité. De même, les associations communiquent et négocient avec les professionnels avant de les assigner en justice. Par conséquent, les actions en suppression conduisent souvent à la condamnation de clauses qui ne sont plus utilisées au moment du verdict. Cependant, cela ne signifie pas que ces actions sont inutiles, car elles ont incité les professionnels à adapter leurs contrats.

218. Enfin, bien sûr, les juges peuvent condamner les professionnels à mettre en conformité leurs contrats en leur ordonnant la suppression des clauses abusives ou en déclarant les clauses réputées non écrites. Les professionnels doivent alors proposer de nouvelles clauses dans leurs

²⁶² DGCCRF, « Les pros aussi utilisent SignalConso », sur economie.gouv.fr [en ligne], publié le 5 avril 2023 [consulté le 2 juin 2023]

contrats en tenant compte des remarques formulées dans le jugement. En cas de recours persistant à une clause abusive ayant fait l'objet d'une condamnation, le professionnel s'expose à une amende civile (voir *infra* n°240).

§2. Le respect de l'exigence de transparence

219. La lutte contre les clauses abusives n'implique pas seulement d'établir un équilibre des droits et obligations prévus dans le contrat, elle impose également de respecter une exigence de transparence.

220. Il ne suffit donc pas de rédiger des clauses qui soient matériellement équilibrée, elles doivent aussi être claires et compréhensibles. Or, il ressort de la jurisprudence de la CJUE que l'intelligibilité d'une clause ne s'apprécie pas qu'au plan formel et grammatical, mais doit être entendue extensivement²⁶³. Ainsi, l'exigence de transparence impose au professionnel de s'assurer « *qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, soit mis en mesure de comprendre le fonctionnement concret de cette clause et d'évaluer ainsi, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières* »²⁶⁴. En effet, l'exigence de transparence est intimement liée à l'exigence de bonne foi, qui commande au professionnel de « *raisonnablement s'attendre à ce que [le consommateur] accepte cette clause à la suite d'une négociation individuelle* », en le « *traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur* »²⁶⁵.

221. Pour respecter cette exigence de transparence, les professionnels doivent repenser la rédaction de leurs conditions générales ou de leurs contrats-type. Les contrats doivent être rédigés d'abord et avant tout pour les clients ou pour les utilisateurs. L'élément essentiel à la conformité du contrat est sa compréhension par le consommateur.

222. A ce titre, la méthode du *legaldesign* offre une approche innovante pour la rédaction des contrats. Elle consiste à rendre le droit plus accessible en mettant le client au centre des préoccupations lors de la conception d'un document ou d'un logiciel, notamment en empruntant aux techniques de *marketing* et de communication. En proposant des contrats plus clairs et

²⁶³ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, pts. 71 et 72

²⁶⁴ CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, pt. 51

²⁶⁵ CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*,

compréhensibles, les professionnels apportent ainsi une plus-value pour les consommateurs, qui peut les différencier de leurs concurrents moins transparents. Le *legaldesign* permet ainsi de transformer le respect de la réglementation en un avantage concurrentiel.

223. Ainsi, le respect de l'exigence de transparence ne prive pas le professionnel de toute liberté lors de la rédaction des clauses, dès lors qu'il n'existe pas de clause type. L'annexe n°III de ce mémoire expose plusieurs clauses de choix de lois contenues dans des conditions générales après l'arrêt de la CJUE de 2016 qui donné lieu à la condamnation de la clause non-transparente d'Amazon. L'on constate des formulations relativement différentes décrivant de manière plus ou moins exhaustive les droits dont bénéficie le consommateur. Par exemple, la clause de Microsoft explique avec des termes précis mais compréhensibles pour un non-juriste que le consommateur peut continuer de « bénéficier des protections obligatoires du consommateur » en vertu de la loi du pays du consommateur, tandis que la clause de Booking.com ne fait que vaguement mentionner que la loi étrangère s'applique « dans la mesure permise par la législation locale contraignante (sur la protection des consommateurs) ». Notons que la clause de Sony n'est de toute évidence pas conforme car elle ne mentionne aucune réserve à l'application du droit étranger.

224. Plus largement, la CJUE estime que la transparence d'une clause doit être appréciée en prenant en compte le contexte dans lequel elle a été proposée. Ainsi, dans le cadre d'un contrat d'un crédit libellé en devise étrangère, l'exigence de transparence n'est pas satisfaite « *lorsque le consommateur n'a pas été averti par le professionnel du contexte économique susceptible d'avoir des répercussions sur les variations des taux de change, de sorte que le consommateur n'a pas été mis en mesure de comprendre concrètement les conséquences potentiellement lourdes (...) sur sa situation financière* »²⁶⁶. A ce titre, le professionnel ne peut se contenter de la seule fourniture d'information « *objectives et abstraites* » pourtant propres aux documents contractuels. Il doit fournir une information contextualisée, permettant au consommateur de saisir concrètement la portée d'une clause. Pour des considérations probatoires, cette information doit être fournie sur un support durable, telle qu'une plaquette informative annexée au contrat.

²⁶⁶ CJUE, 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, aff. jtes. C-776/19 à C-782/19, pt 74

225. La protection contre les clauses abusives crée donc une obligation d'information renforcée, particulièrement pour les contrats complexes. Cette exigence de transparence peut être rapprochée du devoir de mise en garde pesant sur les établissements bancaires, mais sa portée est plus large car le professionnel doit adopter le même comportement pour tous les consommateurs, peu importe qu'il soit averti ou non (voir *supra* n°148).

226. En fin de compte, il semble que la protection contre les clauses abusive amène les professionnels à revoir leur approche lors de la rédaction des contrats, en les incitant à prendre en considération le point de vue des consommateurs. Les professionnels doivent non seulement ajuster la formulation des contrats, mais également les informations qu'ils fournissent avant la conclusion du contrat. A ce titre, il est frappant de remarquer que le consommateur est souvent désigné à la deuxième personne (« vous ») dans les conditions générales²⁶⁷, ce qui renforce l'idée que les professionnels s'adressent aux consommateurs lorsqu'ils rédigent leurs contrats.

227. Au fil du temps, les professionnels tendent à proposer des contrats de plus en plus conformes à la réglementation des clauses abusives. Cette amélioration des contrats bénéficie à l'ensemble de l'environnement juridique, car certaines entreprises, telles que les vendeurs de détail ou les réseaux sociaux, n'effectuent pas de distinction entre leurs clients selon qu'ils contractent à des fins personnelles ou professionnelles, et proposent les mêmes conditions contractuelles à tous. De plus, du fait du rayonnement de la réglementation contre les clauses abusives, les rédacteurs de contrats doivent éviter les déséquilibres significatifs y compris dans les relations entre partenaires commerciaux ou dans les contrats d'adhésion. Ainsi, la protection contre les clauses abusives conduit globalement à de meilleures pratiques contractuelles. Toutefois, il est important de constater qu'il existe encore un recours persistant aux clauses abusives, notamment de la part des petites entreprises et sur les marchés émergents.

²⁶⁷ V. Annexe n°III

Section 2 : Le persistance des clauses abusives dans les contrats proposés par les professionnels

228. La réglementation contre les clauses abusives se heurte à des défis qui entravent son plein effet sur les pratiques des professionnels. D'une part, les sanctions les sanctions actuelles ne parviennent pas à mettre un terme à l'utilisation de clauses abusives (§1). D'autre part, il est important de noter que les professionnels font face à de réelles difficultés pour proposer des contrats conformes (§2).

§1. Des sanctions insuffisantes contre les professionnels usant des clauses abusives

229. L'effectivité de la protection contre les clauses abusives est affaiblie par les sanctions qu'elle prévoit, car elles se révèlent insuffisamment dissuasives (A) et ont une portée limitée au seul professionnel poursuivi (B).

A. L'effet dissuasif limité des sanctions

230. Le recours aux clauses abusives permet au professionnel de tirer un avantage sur les consommateurs. Par exemple, en contraignant abusivement le consommateur à payer une pénalité en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminé, le professionnel peut obtenir directement une somme d'argent indue et bénéficier indirectement de mensualités provenant de consommateurs dissuadés de résilier leur abonnement. La réglementation contre les clauses abusive a pour objet d'empêcher le professionnel de jouir de l'avantage issu d'une telle clause. C'est pourquoi le caractère non-contraignant des clause et l'effet dissuasif de la directive implique de réparer le dommage subi par le consommateur du fait de la clause. Comme démontré auparavant, la réparation prend généralement la forme de restitutions, complété, le cas échéant, par des dommages intérêts.

231. Alors que la dimension curative et réparatrice de la sanction des clauses abusives est largement reconnue, bien qu'imparfaitement effective du fait de l'absence d'automatisme de l'effet restitutoire (voir *supra* n°179 et s.), la dimension répressive de la sanction est moins affirmée. En effet, le recours aux clauses abusives n'est pas sanctionné pénalement. Le professionnel ne s'expose qu'à des sanctions civiles et administratives, marquées pour une plus faible dimension répressive.

232. Dans le système juridique français, la sanction civile ne prend en principe pas en considération la gravité de la faute ou les gains perçus par le fautif. Seuls comptent le dommage subi et sa réparation. D'une part, la restitution n'est pas une sanction à proprement parler et ne consiste qu'à replacer les parties dans la situation qui aurait été la leur sans la clause abusive. D'autre part, la responsabilité civile est définie par le principe de réparation intégrale, selon lequel les dommages-intérêts ont pour objet de réparer le dommage sans enrichissement injustifié de la victime²⁶⁸.

233. Dans ses travaux publiés en 2019, Madame BIENENSTOCK, docteure à l'Université Paris II au Centre de Recherche en Economie du Droit, a démontré à l'aide d'un modèle mathématique que le principe de réparation intégrale, empreint de considérations morales, a pour effet de rendre la protection contre les clauses abusives peu effective²⁶⁹. En effet, le montant des dommages-intérêts prononcés en application du principe de réparation intégrale ne prend pas en compte le fait que les contrats d'adhésion comportant des clauses abusives est reproduit en de nombreux exemplaire et qu'une partie des consommateurs n'agira pas devant un tribunal, même en se sachant lié par une clause abusive. Ainsi, si un professionnel propose un contrat comportant une clause abusive à 1000 consommateurs, mais que seuls 100 d'entre eux contestent leur contrat, le professionnel conservera 90 % des gains obtenus grâce à la présence de la clause abusive.

234. Le professionnel n'est donc pas dissuadé à recourir aux clauses abusives. Au contraire, si le professionnel effectue un calcul purement économique, il peut être incité à en faire usage. En effet, non seulement la réparation du dommage subi par le consommateur ne fait pas peser de risque de perte sur le professionnel, mais en plus, il conservera une partie des gains issus de l'usage de la clause abusive. En d'autres termes, « *la valeur espérée des gains résultant du comportement illicite excède clairement le montant de la sanction anticipée* »²⁷⁰. Le recours à des clauses abusive apparaît donc clairement comme une faute lucrative, c'est-à-dire, une faute « *qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer - et qui sont*

²⁶⁸ Cass civ. 2^e, 23 janvier 2003, n°01-00.200 : « *les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* »

²⁶⁹ S. BIENENSTOCK, « The Deterrent Effect of French Liability Law: the Example of Abusive Contract Terms », in *Revue d'économie politique*, Dalloz, février 2019, Vol. 129, p. 205 à 234

²⁷⁰ S. BIENENSTOCK, *op. cit.*: « *the expected value of the gains resulting from an unlawful behavior clearly exceeds the amount of the anticipated punishment* ».

calquées sur le préjudice subi par la victime – laisse à son auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas la commettre »²⁷¹.

235. Ainsi, pour qu'une sanction soit dissuasive, elle doit *a minima* priver le fautif de tout gain issu du comportement illicite. Or, selon le modèle proposé par Madame BIENENSTOCK, les restitutions et les dommages-intérêts indemnitaires ne sont pas une sanction adéquate, dès lors que pour en déterminer le montant les juges ne prennent en compte que le dommage subi par le consommateur à l'instance, et ignorent deux variables : la probabilité *P* que les consommateurs n'agissent pas et le nombre *N* de contrats concernés. Le professionnel conservera donc toujours une partie de ses gains. Pour que la sanction civile soit dissuasive, les juges doivent donc pouvoir compenser ces variables en condamnant le professionnel à payer un montant *F* supérieur au seul dommage subi par le consommateur dans le contrat litigieux.

Par exemple, le fraudeur de transports en commun a une chance de ne pas rencontrer de contrôleurs et donc de ne pas être sanctionné. Partant, si le jour où il se fait contrôler il n'est condamné qu'à rembourser le prix d'un ticket, il a tout intérêt à continuer de frauder. Pour que l'amende soit dissuasive, il faut donc qu'elle soit suffisamment élevée pour surpasser l'économie qu'il a réalisé les nombreuses fois où il a emprunté frauduleusement les transports sans se faire contrôler.

236. Il est donc important que la sanction pécuniaire ne soit pas limitée par le montant des dommages subis. Cette sanction financière peut revêtir la forme de dommages-intérêts punitifs, versés au consommateur, ou d'une amende civile ou administrative, reversée au Trésor public.

237. Aucun obstacle juridique ne s'oppose à la reconnaissance de dommages-intérêts punitifs. Le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu de valeur constitutionnelle au principe de réparation intégrale²⁷², et la Cour de cassation estime que les dommages-intérêts punitifs prononcés dans une décision étrangère ne sont pas contraires à l'ordre public et peuvent faire l'objet d'une mesure d'*exequatur*²⁷³. Par ailleurs, en matière de concurrence déloyale, sans leur reconnaître explicitement un caractère punitif, les juges ont tendance à évaluer le montant des dommages-intérêts en considération non pas des pertes subies par la victime, mais de

²⁷¹ B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, 1. Responsabilité délictuelle, 5e éd., 1996, Litec, spéc. N°1335.

²⁷² Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2010-2 QPC – 11 juin 2010, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n°29

²⁷³ Cass. civ. 1ère, 1er décembre 2010, n°09-13.303

l'économie injustement réalisée par le fautif, ce qui apparaît comme un écart au principe de réparation intégrale²⁷⁴.

238. Le législateur français semble toutefois plus favorable à l'amende civile qu'aux dommages intérêts-punitifs. Contrairement à l'avant-projet Catala qui reconnaissait des dommages-intérêts punitifs en cas de faute manifestement délibérée²⁷⁵, le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par le Garde des sceaux mars 2017 consacre le principe de réparation intégrale mais introduit une amende civile²⁷⁶.

239. Par ailleurs, il existe depuis 2014 une amende administrative qui permet à la DGCCRF de sanctionner le professionnel au-delà de la simple réparation du préjudice des consommateurs, dans le cas où il aurait recours à une clause figurant sur la liste noire²⁷⁷. L'effet dissuasif de cette amende était limité du fait qu'elle était plafonnée à seulement 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. Néanmoins, l'ordonnance du 22 décembre 2021, transposant la directive *omnibus*, a renforcé la sanction en quintuplant le montant de l'amende administrative, désormais plafonnée à 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale. En outre, l'article L.522-7 du Code de la consommation admet le cumul des sanctions administratives sans aucun plafond, ce qui permet de potentiellement donner lieu à des condamnations de montant très élevé quand la clause est présente dans des milliers de contrats. Il faut toutefois préciser que le Conseil constitutionnel a indiqué que dans ce cas, le montant de l'amende prononcée doit respecter l'exigence de proportionnalité²⁷⁸. L'effet dissuasif de cette amende doit être nuancée, dès lors qu'en 2021, la DGCCRF n'a prononcé que 2 235 119 euros d'amende au titre de « *Défaut d'information générale du consommateur, contrat et clauses* »²⁷⁹.

240. La transposition de la directive *omnibus* a également introduit une amende civile pouvant être demandée à une juridiction civile par la DGCCRF, les associations de

²⁷⁴ Cass. com., 12 février 2020, n°17-31.614, <https://www.actu-juridique.fr/affaires/concurrence-deloyale-levaluation-du-prejudice-resultant-de-pratiques-commerciales-trompeuses/>

²⁷⁵ P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, 208 p., art 1371

²⁷⁶ Ministère de la Justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, art. 1258 et 1266-1

²⁷⁷ C.Conso, art. L.241-2 nouveau

²⁷⁸ Cons. const., décision n°2021-984 QPC, 25 mars 2022 (voir *supra*)

²⁷⁹ DGCCRF, Bilan d'activité 2021 (voir *supra*)

consommateurs, le ministère public ou le consommateur²⁸⁰. Le texte précise que l'amende civile peut être prononcée « *sans préjudice de l'allocation de dommages* », ce qui permet de sanctionner le professionnel en cas de déséquilibre potentiel n'ayant pas causé effectivement de préjudice²⁸¹, par exemple dans le cadre d'une action en suppression préventive contre un modèle de contrat. La portée de cette sanction est néanmoins limitée car elle est plafonnée comme l'amende administrative à 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale, sans toutefois qu'un cumul soit ici possible. Surtout, le texte prévoit que l'amende civile ne peut être prononcée que dans le cas où le professionnel « *continue de recourir, dans des contrats identiques, à des clauses contractuelles qui ont été jugées abusives (...) par une décision de justice devenue définitive à son égard* ». Or, à moins de faire face à un professionnel particulièrement récalcitrant, cette situation semble peu probable, « *sauf à considérer qu'elle englobe les clauses dont le libellé a pu changer mais dont les effets sont identiques à celui détecté par le juge* »²⁸². La portée dissuasive de cette sanction est donc suspendue à l'interprétation qu'en feront les juges.

241. Lors de la fixation du montant de l'amende, le juge et la DGCRRF peuvent prendre en considération les critères « *non exhaustifs et indicatifs* » fournis par la directive *omnibus*, tels que « *les avantages financiers obtenus ou les pertes évitées par le professionnel du fait de l'infraction* », « *la nature, la gravité, l'ampleur et la durée de l'infraction* », ou encore « *toute autre circonstance aggravante ou atténuante* »²⁸³. L'interprétation de ces critères pourrait donner lieu au renforcement de la jurisprudence de la CJUE sur le caractère dissuasif des sanctions prononcées contre les clauses abusives. Toutefois, malgré ces critères, les amendes restent soumises à un plafond strict ne prenant pas en compte le gain obtenu par l'usage de la clause, de sorte que la faute sera toujours lucrative si le gain est supérieur à ce plafond. Le plafond n'est relevé qu'en cas d'infraction de grande ampleur (atteignant plusieurs États-membres) ou de grande ampleur à l'échelle de l'Union européenne (atteignant deux tiers des États-membres représentant deux tiers de la population), lorsqu'elle est prononcée à l'issue d'une mesure de coopération par application du règlement CPC. Dans ce cas, le plafond de

²⁸⁰ C.Conso, art. L.241-1-1

²⁸¹ S. BERNHEIM-DESVAUX et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs*, *op. cit.*

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Dir. 2019/2161, art.1

l'amende est portée, « *de manière proportionnée aux avantages tirés des pratiques en cause* », à 4 % du chiffre d'affaires moyen annuel, ou, à défaut d'information sur le chiffre d'affaires, à deux millions d'euros. Dans ces conditions, l'amende apparaît alors beaucoup plus dissuasive, et l'on peut regretter qu'un tel montant ne puisse être asséné dans toutes les situations.

242. Ainsi, l'effet dissuasif peut être atteint par les amendes administratives et civiles, sans toutefois que l'on puisse s'en satisfaire. Il faut souligner que toutes les situations ne sont pas sanctionnables par une amende : le professionnel qui met en place une nouvelle clause abusive ne figurant pas dans la liste noire n'encourt que des dommages-intérêts. En outre, contrairement aux dommages-intérêts punitifs, l'amende a l'avantage de pouvoir attirer l'attention des autorités publiques, mais l'inconvénient de ne pas inciter le consommateur à agir, car il n'en percevra pas les sommes.

243. Remarquons que l'effet dissuasif de la réglementation contre les clauses abusives est également limité en raison du relatif désintérêt de la DGCCRF, dont les contrôles routiniers portent plutôt sur les infractions de terrains (pratiques agressives, affichage des prix, normes sanitaires, etc.)²⁸⁴. Il n'y a donc pas de réel effet « *peur du gendarme* » en matière de clause abusive, dès lors que ce sont surtout les associations de consommateurs qui font office de gendarme alors qu'elles ne disposent pas de prérogatives de police.

244. Bien que l'effet dissuasif de la réglementation contre les clauses abusives puisse être insuffisant, il convient de nuancer cette affirmation. En effet, le professionnel s'expose à des risques significatifs en utilisant des clauses abusives, et l'utilisation de telles clauses n'est pas toujours lucrative. Le caractère non-contraignant des clauses abusives entraîne la perte de tous les avantages découlant de ces clauses, sans possibilité, en principe, de les remplacer par une disposition supplétive (voir *supra* n°163 et s.). C'est pourquoi, selon Alain SOUILLEAUX, directeur juridique à la Fédération du commerce coopératif et associé (FCA), interrogé le 26 mai 2023, les professionnels ont globalement intérêt à éviter le déséquilibre significatif dans une clause, afin de ne pas perdre tous les droits qu'ils auraient pu faire valoir grâce à cette clause. Par exemple, en prévoyant une clause pénale déséquilibrée, le professionnel risque de perdre tout droit à une indemnité si le juge la déclare réputée non écrite. En revanche, si la clause avait été équilibrée et transparente il aurait pu obtenir des indemnités.

²⁸⁴ Commission européenne, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 3 – Country report, mai 2017, p. 421 : seulement 5% des enquêtes réalisées en 2015 portaient sur des clauses abusives

245. Par ailleurs, les actions des associations de consommateurs, grâce à leur effet *erga omnes*, peuvent entraîner des répercussions importantes pour les professionnels. Les associations de consommateurs assurent donc un effet dissuasif.

246. Enfin, au-delà de la sanction pécuniaire, les professionnels veulent éviter une atteinte à leur image à raison d'une condamnation. Depuis l'ordonnance du 22 décembre 2021, le juge peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision²⁸⁵, par exemple sous la forme d'un communiqué judiciaire envoyé aux journaux nationaux, ou d'un bandeau sur un site. Cette faculté existait déjà dans le cas d'une action collective par une association de consommateurs²⁸⁶, mais la publication est utilisée avec parcimonie par les juridictions. Ainsi, le juge doit vérifier si la publication « *n'est pas susceptible d'induire en erreur le consommateur* » lorsque la condamnation touche des clauses qui n'existent plus lors du prononcé du verdict²⁸⁷. De plus, la cour d'appel de Versailles a écarté la publication d'un communiqué judiciaire en estimant qu'elle ne constituait pas « *une modalité adaptée de réparation du préjudice subi* »²⁸⁸.

B. L'effet relatif des sanctions

247. Si le caractère non-contraignant des clauses abusives s'étend à tous les consommateurs ayant conclu un contrat comportant les mêmes clauses abusives auprès d'un même professionnel dans le cadre d'une action en suppression (voir *supra* n°171), cet effet *erga omnes* ne s'étend pas aux professionnels n'ayant pas participé à la procédure. Ainsi, une décision judiciaire déclarant abusive une clause n'est exécutoire qu'à l'encontre du professionnel partie à l'instance et dès lors, les effets de cette décision ne s'appliquent pas aux autres professionnels utilisant les mêmes clauses.

248. Or, les différents concurrents d'un même secteur ont tendance à avoir recours à des conditions contractuelles similaires. En effet, les entreprises du même secteur rencontrent les mêmes besoins, ce qui les amène à introduire le même type de clause dans leurs contrats. Par exemple le *business model* des plateformes numériques reposent sur la commercialisation de

²⁸⁵ C.Conso, art. L.241-1-1, alinéa 4

²⁸⁶ C.Conso, art. L.621-11

²⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 26 avril 2017, n° 15-18.970

²⁸⁸ CA Versailles, 8 février 2019, RG n° 17/05367 (1^{ère} Chambre, Section 1)

données personnelles, ce qui explique qu'avant l'intervention du juge et du législateur européen, la plupart des conditions générales des plateformes contenaient des clauses abusives relatives à la captation de données des utilisateurs.

En outre, dans les marchés émergent, une concurrence très intense s'exerce sur les prix et les innovations des produits ou services, car chaque concurrent cherche à s'imposer comme *leader* du marché, souvent au détriment des droits des consommateurs. L'absence de jurisprudence établie dans ces secteurs d'innovation peut donner l'impression aux jeunes entreprises, qui n'ont pas toujours les compétences et l'expérience juridique nécessaire, qu'ils jouissent d'une certaine liberté dans la rédaction de leurs contrats. L'on constate donc une prolifération de clauses abusives au sein d'un même marché très concurrent. C'est pourquoi les recommandations de la CCA, les enquêtes de la DGCCRF, et les actions des associations de consommateurs se concentrent souvent sur ces secteurs émergents, tels que la location libre-service de trottinettes (voir *supra* n°116).

249. Partant, la Commission déplorait déjà en 2000 dans son rapport sur l'application de la directive 93/13/CEE que les actions individuelles sont « *largement inefficaces en tant que moyen d'assainissement du marché* »²⁸⁹. En effet, dans un marché concurrentiel, agir contre un professionnel n'empêche pas les clauses abusives de prospérer dans les contrats proposés par les autres concurrents, de sorte qu'il est nécessaire d'agir individuellement contre chaque professionnel usant de clauses similaires.

Un autre effet pervers de l'absence d'effet *erga omnes* horizontal de la sanction des clauses abusives noté par la Commission est qu'elle peut conduire à une « *situation de distorsion de concurrence entre l'entreprise qui a dû renoncer à l'utilisation de la clause et celles qui peuvent continuer à l'utiliser en toute impunité* ». En effet, si plusieurs concurrents ont recours à une même clause abusive mais que seul l'un d'entre eux est sanctionné, non seulement les autres concurrents n'auront subi aucune conséquence négative, mais en outre ils auront tiré un avantage concurrentiel de l'usage de la clause.

Les associations de consommateurs et les autorités nationales doivent donc veiller à agir simultanément contre tous les concurrents d'un même secteur qui auraient recours à des clauses abusives, au risque de faire le jeu des concurrents non poursuivis. C'est ainsi que l'UFC-Que choisir a agi simultanément en 2013 contre plusieurs fournisseurs d'énergie (EDF,

²⁸⁹ Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

GDF Suez, Eni et Direct Energie)²⁹⁰ et en 2014 contre plusieurs plateformes en ligne (Facebook, Google et Twitter)²⁹¹.

250. Pourtant, dans ses conclusions pour l'affaire *Invitel* qui a consacré l'effet *erga omnes* des actions en suppression des clauses abusives à l'égard des consommateurs liés par des contrats identiques, l'avocate général s'est opposée à ce que cet effet s'étende à l'égard des professionnels n'ayant pas participé à la procédure, remarquant qu'un tel effet horizontal « *serait difficile à concilier avec les exigences d'un procès équitable* »²⁹². Il est vrai qu'il serait indésirable que tous les professionnels d'un secteur subissent des sanctions du fait d'une mauvaise défense de l'un de leur concurrent.

251. Sans reconnaître un effet *erga omnes* horizontal aux décisions de justice, il serait possible de remédier au problème en prévoyant une procédure particulière permettant d'étendre les effets d'une décision. Par exemple, dans son rapport de 2000, la Commission envisageait la possibilité de demander un nouveau jugement dont le but serait d'étendre les effets du premier jugement aux autres professionnels du même secteur économique. Ainsi, en Espagne il existe un registre des conditions générales dans lequel se trouvent toutes les clauses ayant déjà été déclarées abusives et qui peut être invoqué devant un juge pour contester une clause similaire utilisée par un autre professionnel²⁹³. Le docteur Omar KAFI CHERRAT, dans sa thèse soutenue en 2021 à Limoges, propose quant à lui de « *permettre à une autorité de régulation, notamment la DGCCRF, de s'appuyer sur une décision de cessation pour prononcer directement une injonction à l'encontre des auteurs des mêmes pratiques* »²⁹⁴. De tels dispositifs permettraient alors aux concurrents qui n'étaient pas partie à l'instance initiale de faire valoir leurs droits de la défense dans une procédure spéciale, qui serait néanmoins simplifiée par rapport à la première procédure.

²⁹⁰ Les Echos, « UFC-Que Choisir assigne EDF et GDF Suez en justice », 26 février 2013

²⁹¹ Le Monde, « Données personnelles : l'UFC assigne Twitter, Facebook et Google pour clauses abusives », 25 mars 2014

²⁹² Conclusions de l'avocat général Mme V. TRSTENJAK, 6 décembre 2011, aff. C-472/10, pt 60

²⁹³ *Registradores*; https://e-justice.europa.eu/106/FR/business_registers_in_eu_countries?SPAIN&member=1

²⁹⁴ O. KAFI CHERRAT, *La collectivisation des recours en droit de la consommation : aspects internes et internationaux*, thèse, Univ. de Limoges, 2021, n°533, cité par G. CHANTEPIE & N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Déséquilibre significatif*, Répertoire de droit commercial, *op. cit.*

252. Remarquons malgré tout que dans le cas des réseaux de professionnels indépendants, la sanction du recours à des clauses abusives par un professionnel indépendant pourrait s'étendre au-delà du seul professionnel en cause. En effet, dans un arrêt du 6 septembre 2016, la Cour d'appel de Paris²⁹⁵ a établi le principe selon lequel la tête de réseau, en l'espèce une société coopérative, « *ne peut être tenue responsable a priori des agissements des membres de son réseau* » qui sont des personnes morales distinctes et indépendantes. Néanmoins, la responsabilité de la tête de réseau pourrait être retenue en cas de « *faute personnellement imputable* ». Tel serait probablement le cas si les clauses auxquelles avait recours un professionnel sont issues d'un modèle fourni par la tête de réseau. Dans ce cas, il est possible d'imaginer que le juge ou la DGCRRF enjoigne à cette dernière de faire le nécessaire pour que les membres du réseau cessent d'utiliser les clauses.

§2. Des difficultés concrètes pour éliminer les clauses abusives

253. Si les clauses abusives persistent dans les contrats proposés aux consommateurs, c'est aussi parce que les professionnels rencontrent des difficultés pour rédiger des contrats parfaitement conformes (A). En outre, le respect de la réglementation peut s'avérer être un défi plus redoutable pour certains professionnels (B).

A. Les difficultés rencontrées lors de la rédaction des contrats

254. Pour pouvoir assurer la conformité d'un contrat avec la réglementation, encore faut-il connaître la réglementation. Si un effort de communication est fait par les différents acteurs du monde juridique et économique afin que les professionnels puissent connaître leurs obligations, l'évolution fréquente de la réglementation peut rendre difficile sa maîtrise. D'autant que la jurisprudence adopte une place importante dans l'encadrement des clauses contractuelles.

« *Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* » se moquait Hector sous la plume de Jean GIRAUDOUX²⁹⁶. Il est vrai que la qualification juridique peut donner l'impression d'un certain arbitraire imprédictible aux yeux des commerçants non-juristes. En effet, la notion de « déséquilibre significatif » n'est pas précisément définie par les textes, et ses critères ne sont issus que de la pratique et de la jurisprudence. Les professionnels

²⁹⁵ CA Paris, 06 septembre 2016, RG n° 15/00030 (Pôle 5 - Chambre 1), *Optical Center*

²⁹⁶ Jean GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935

peuvent donc débattre devant le juge de l'interprétation d'une clause, mais il existe un risque qu'une clause qu'ils pensaient licite soit finalement déclarée abusive par un juge.

En outre, une clause parfaitement conforme lors de sa rédaction peut devenir abusive du fait de l'évolution de la législation. Par exemple, la recodification du Code de la consommation en 2016 a contraint tous les professionnels à réviser leurs contrats, ne serait-ce que pour mettre à jour la numérotation des articles qu'ils citaient.

Ainsi, la mise en œuvre d'une veille juridique apparaît nécessaire pour se tenir informer des nouveaux droits des consommateurs, des nouvelles obligations d'informations, ou des nouvelles jurisprudences en matière de clauses abusives.

255. Comme nous l'avons déjà démontré, la rédaction formelle des clauses est un enjeu central pour éviter les abus. Dans un souci d'intelligibilité et dans une approche de *legaldesign*, les professionnels peuvent être tentés de proposer des formulations épurées ou stylisées. Toutefois, comme le démontre Nicolas GRAS dans sa thèse, « *il est préférable de se répéter plutôt que d'accroître les synonymes au risque de voir s'opérer, au fil du contrat, un dangereux glissement de sens* »²⁹⁷. Certaines clauses peuvent ainsi s'avérer abusive par leur ambiguïté. Or dans le langage juridique les mots n'ont pas toujours la même portée que dans le langage courant. Un arbitre n'est pas un médiateur. Une caution n'est pas un garant. Un mois n'est pas trente jours. L'ambiguïté sera sanctionnée par une interprétation en faveur du consommateur, voire par le réputé non écrit de la clause. Les professionnels doivent donc veiller à utiliser un vocabulaire adapté, à la fois précis et compréhensible, ce qui suppose de bonnes compétences rédactionnelles et juridiques.

256. Pour toutes ces raisons, il est devenu quasiment indispensable pour un professionnel d'avoir recours à une expertise juridique pour s'assurer que les conditions contractuelles qu'il propose ne créent pas de déséquilibre significatif. Le travail de mise en conformité, qu'il soit interne ou externe, induit donc nécessairement des coûts. Or, ce coût se répercutera la plupart du temps sur le prix payé par le consommateur, ce qui peut s'avérer contradictoire avec la protection économique du consommateur. Ce dernier n'a d'ailleurs pas la possibilité de renoncer à la protection contre les clauses abusives, et donc de souscrire à conclure un contrat moins équilibré, mais moins onéreux.

²⁹⁷ Nicolas GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, préface de Mustapha MEKKI, LGDJ, 2017, paragraphe 395, p.301

B. Les difficultés rencontrées par certains types de professionnels

257. Les professionnels étrangers rencontrent une difficulté accrue à assurer la conformité de leurs contrats et conditions générales. En effet, le respect de la réglementation contre les clauses abusives suppose d'une part de maîtriser la langue française, et d'autre part de maîtriser les subtilités du droit français consommation. D'un côté, il est souhaitable que les professionnels étrangers souhaitant pénétrer le marché français se renseignent sur les droits des consommateurs français, car dans le cas contraire l'on pourrait craindre qu'ils ne les respectent pas. D'un autre côté, l'exigence accrue de transparence peut freiner le commerce et créer des distorsions de concurrence en faveur des professionnels français. Les entreprises européennes peuvent également souffrir de cette difficulté, car la directive 93/13/CEE est d'harmonisation minimale et que la protection contre les clauses abusives en France connaît des particularités que l'on ne retrouve pas dans tous les états membres (liste noire, contrôle des clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle, protection des non-professionnels).

258. Sur les places de marché en ligne, qui consistent à mettre le consommateur avec des vendeurs tiers, les consommateurs peuvent parfois contracter avec un professionnel sans le savoir. Certes, l'article D. 111-9 du Code de la consommation impose à l'opérateur de la plateforme de laisser aux vendeurs professionnels « *l'espace nécessaire pour la communication des informations préalables à la vente d'un bien ou à la fourniture d'un service* », mais force est de constater qu'en pratique les vendeurs n'ont pas toujours la place suffisante pour rédiger leurs propres CGV²⁹⁸. Ils se trouvent alors dans une situation de non-conformité contre leur gré, dès lors qu'ils ne peuvent pas être transparents sur les droits des consommateurs.

259. Enfin, alors que les grands groupes ont les moyens d'engager une mise en conformité adéquate de leurs contrats, les petites entreprises ont parfois tendance à subir la réglementation contre les clauses abusives, ne pouvant être conformes, non par mauvaise foi, mais par manque de moyens et de compétence juridique. La protection contre les clauses abusives peut ainsi créer d'une certaine manière une distorsion de concurrence ou un avantage concurrentiel. L'intérêt pour un commerçant isolé de rejoindre un réseau de commerce organisé indépendant (franchise, coopérative ou commerce associé) est ici évident car la tête de réseau disposera généralement des outils et personnels experts sur ces sujets, en mesure de fournir sinon un accompagnement,

²⁹⁸ R. GOLLA, « L'adaptabilité de la règle de droit face au développement des marketplaces », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 188, janvier 2022

du moins une veille opérationnelle. En cela, selon certains professionnels, les marques ou enseignes nationales jouissent d'un attrait particulier auprès du consommateur, car elles peuvent apparaître comme une meilleure garantie du respect de ses droits²⁹⁹.

260. Ainsi, l'effectivité de la protection contre les clauses abusives repose en grande partie sur les moyens que les entreprises souhaitent, ou peuvent, accorder à la rédaction de contrats conformes. Elle est compromise par l'insuffisance des sanctions, qui ne parviennent pas à mettre un terme à l'utilisation de clauses abusives. En outre, les acteurs engagés dans l'élimination de ces clauses se confrontent à des obstacles concrets.

Partant, si l'environnement juridique semble propice à la lutte contre les clauses abusives, le manque d'effectivité de la protection contre les clauses abusives semble imputable aux comportements des personnes concernées, qu'il s'agisse du manque de volonté de certains acteurs, des sanctions insuffisantes, ou d'un défaut d'information

²⁹⁹ Alain SOUILLEAUX (directeur juridique de la FCA), propos rapportés dans un entretien le 26 mai 2023

Conclusion générale et propositions

La protection contre les clauses abusives s'est pleinement déployée dans notre environnement juridique et exerce une influence certaine dans les rapports de consommation, au point qu'il est possible de considérer qu'elle a entraîné une modification fondamentale dans la conception des contrats.

Initialement les contrats constituaient « la loi des parties » : leur contenu était déterminé par la volonté des parties, de sorte que l'équilibre n'était contrôlé que marginalement. Avec l'avènement de la mondialisation et de la société de consommation, certains auteurs ont observé un renforcement du pouvoir juridique des entreprises, transformant les contrats en une forme de « loi des entreprises » à laquelle les consommateurs adhèrent plus ou moins librement. Les conditions contractuelles n'étaient que simple traduction juridique des modalités d'exécution que le professionnel souhaitait imposer au consommateur. Le travail du juriste consistait de mettre à l'écrit les services proposés par l'entreprise dans le cadre de l'exécution du contrat en les rédigeant dans un sens favorable au professionnel, dans le cadre permis par la loi. Les contrats de consommation étaient donc avant tout rédigés dans l'intérêt des professionnels.

Mais désormais, la protection contre les déséquilibres significatifs a introduit une forme de justice contractuelle, restreignant considérablement la marge de manœuvre des entreprises dans la rédaction de leurs clauses contractuelles. Les dispositions supplétives du droit commun des contrats sont devenues indérogeables dans un sens défavorable au consommateur, ce qui en fait des dispositions impératives. Les clauses doivent être écrites en prenant en considération la compréhension que pourrait en avoir le consommateur. Pour s'assurer de l'effectivité de la protection contre les clauses abusives, le juge s'assure donc que le contrat est écrit dans l'intérêt du consommateur. Le professeur Thierry REVET estime d'ailleurs que le contenu d'un contrat d'adhésion ne devrait constituer la loi des parties « *qu'autant qu'elle passe avec succès la vérification de sa conformité effective à l'intérêt des deux parties* »³⁰⁰. C'est donc le consommateur qui se retrouve au centre des conditions contractuelles, et non plus le professionnel.

Dès lors, les contrats semblent de plus en plus soumis à une sorte de « contrôle de légalité », c'est-à-dire un contrôle de leur conformité avec la réglementation protectrice des

³⁰⁰ T. REVET, « *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* », D.2015, p.1217, n°9

consommateurs. Outre l'interdiction des clauses abusives, le travail de rédaction des contrats se fait en considération de nombreuses réglementations protectrices des consommateurs telles que le RGPD, les garanties légales, ou le droit de rétractation. De surcroît, la multiplication des obligations d'information conduit à des révisions fréquentes des conditions générales, qui s'allongent d'années en années. Il en résulte un sentiment de perte de contrôle des entreprises sur leurs conditions générales, qui sont devenues des documents très réglementés. Désormais, comme l'observe le directeur juridique de la FCA, les conditions générales sont souvent perçues par les professionnels comme un « *problème juridique et administratif plutôt qu'un service au consommateur* »³⁰¹. Le contrat de consommation semble ainsi être devenu une énonciation des droits dont dispose le consommateur.

Ce changement de paradigme pourrait inviter à repenser la protection contre les clauses abusives, qui peut paraître, à certains égards, inadaptée. En effet, elle encadre tellement la liberté de rédaction du professionnel qu'il peut être légitime de se demander s'il est toujours pertinent de préserver le principe de la liberté contractuelle tel qu'il existe. La prohibition contre les clauses abusives est en effet fondée sur un principe de contrôle *a posteriori*, laissant en théorie la pleine liberté aux professionnels, pourvu qu'ils ne commettent pas d'abus. Mais le renforcement de l'office du juge, de l'effet *erga omnes* des actions collectives, et du caractère non-contraignant des clauses abusives ont pour effet que le contrat échappe difficilement au contrôle judiciaire. Ce système engendre des coûts de gestion importants pour les entreprises, et nourrit un contentieux de masse abondant dont l'effet dissuasif est limité. De plus, beaucoup de clauses abusives subsistent par simple ignorance de la réglementation complexe, que ce soit par les professionnels lors de la rédaction ou par les consommateurs lors de la lecture, réduisant largement l'effectivité de la protection contre les clauses abusives.

Prenant acte de ces difficultés, certains professionnels seraient favorables à réduire la liberté dans la rédaction des conditions générales³⁰². Plutôt que de laisser les professionnels rédiger les contrats, pour ensuite les sanctionner plus ou moins efficacement, il s'agirait de renforcer le recours à des clauses types, *a priori* dénués de caractère abusif. Ces contrats types pourraient être fournis par le pouvoir réglementaire ou la DGCCRF, rétablissant ainsi le rôle des autorités publiques dans l'effectivité de la protection contre les clauses abusives. Leur élaboration pourrait être le fruit d'une négociation collective avec des associations de

³⁰¹ Alain SOUILLEAUX (directeur juridique de la FCA), propos rapportés dans un entretien le 26 mai 2023

³⁰² *Ibid.*

consommateurs. En outre, l'intelligence artificielle, qui est de plus en plus utilisée par les autorités et les associations pour débusquer les clauses abusives, pourrait servir d'outil aux professionnels pour offrir des contrats conformes.

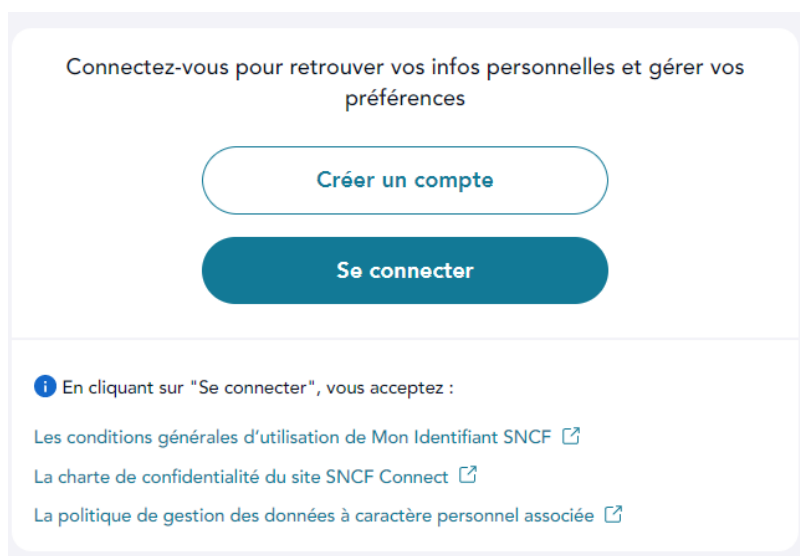
L'utilisation de clauses type pourrait effectivement renforcer l'efficacité de la protection contre les clauses abusives en corrigeant les défauts du système actuel. Les clauses abusives seraient plus facilement détectables et les sanctions plus facilement appliquées. Cela contribuerait à rétablir la confiance des consommateurs sur le marché, réduire les distorsions de concurrence entre les professionnels et permettre au consommateur de se concentrer sur les aspects essentiels du contrat tels que le prix et l'offre, en étant assuré que son contrat ne contient pas de clauses abusives. L'utilisation de clauses types pourrait donc simplifier et clarifier le processus contractuel, tout en renforçant les droits et la protection des consommateurs et plus largement du marché.

En tout état de cause, il n'est pas souhaitable que le recours à des clauses type remplace l'approche fondée sur les principes de la directive 93/13/CEE car celle-ci assure une large effectivité de la protection contre les clauses abusives grâce à sa souplesse et sa portée étendue. En utilisant des critères généraux pour évaluer l'abus des clauses, la directive permet de lutter efficacement contre les clauses abusives dans les secteurs émergents et d'adapter la protection des consommateurs à la diversité des situations contractuelles.

ANNEXES

ANNEXE N°1: Captures d'écran prises sur le site www.sncf.connect.com pour la réservation d'un trajet Limoges Bénédictins -> Paris Austerlitz le lundi 23 mai à 13h51 [prises le 23 mai à 12h15]

1. Souscription aux CGU de *Mon Identifiant SNCF* lors de la création de compte (https://monidentifiant.sncf/tos/FR_cgu.html)



Connectez-vous pour retrouver vos infos personnelles et gérer vos préférences

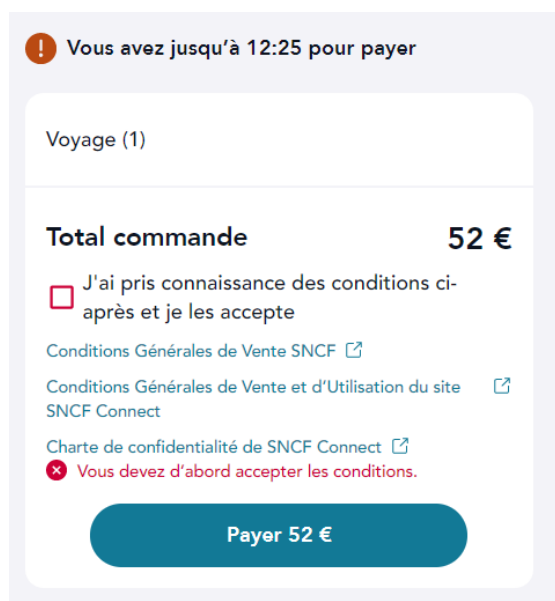
Créer un compte

Se connecter

En cliquant sur "Se connecter", vous acceptez :

- Les conditions générales d'utilisation de Mon Identifiant SNCF
- La charte de confidentialité du site SNCF Connect
- La politique de gestion des données à caractère personnel associée

2. Souscription aux CGV de la *SNCF* et aux CGVU de *SNCF-Connect* lors de la réservation, avec un temps limité à 10 minutes (<https://www.sncf-connect.com/statics/cgv/tarifs-voyageurs-fr-fr.pdf> & <https://www.sncf-connect.com/statics/cgv/cgv-fr-fr.pdf>)



Vous avez jusqu'à 12:25 pour payer

Voyage (1)

Total commande 52 €

J'ai pris connaissance des conditions ci-après et je les accepte

- Conditions Générales de Vente SNCF
- Conditions Générales de Vente et d'Utilisation du site SNCF Connect
- Charte de confidentialité de SNCF Connect

Vous devez d'abord accepter les conditions.

Payer 52 €

3. Souscription facultative aux CG d'Allianz Travel (https://www.magroup-online.com/VSC/FR/FR/VSC_FR_fr_Tcs.pdf)

Assurance recommandée
2,85 €

Assurez votre voyage

- ✓ Vous devez reporter votre voyage ? **100% des frais de modification de votre billet remboursés**
- ✓ Un retard au départ ? **Recevez 20€ par personne sur votre compte** sans démarche ni justificatif
- ✓ **Téléconsultation** : une question sur un symptôme, accédez à un médecin en visio 24H/24

L'assurance ne couvre pas les retards/suppressions de trains les jours de grève.

[Voir tous les avantages](#)

En sélectionnant cette assurance, je confirme être résident de l'Union Européenne et je déclare avoir pris connaissance et accepter le document d'information et les conditions générales.

[Document d'information](#) [Conditions générales d'Allianz Travel](#)

ANNEXE N°II : Captures d'écran du site [signal.conso.gouv](https://signal.conso.gouv.fr) [prises le 5 juin 2023]

1. Page d'accueil permettant de choisir une catégorie

Quel problème avez-vous rencontré ?

| | | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Achat en Magasin Prix, promotion, qualité, poids, garantie, ... | Achat sur internet Prix, promotion, qualité, poids, garantie, problème de livraison, ... | Internet (hors achats) Influenceur sponsorisé, rémunération, marque, harcèlement sur internet, ... | Travaux / Rénovation Artisan (serrurier, plombier, pompe à chaleur, ...), démarchage téléphonique pour rénovation énergétique, ... |
| Téléphonie / Fournisseur d'accès internet / médias Options non souscrites facturées, forfait, abonnement mobile ou box, frais de résiliation, ... | Voyage / Loisirs Annulation, retard, avion, train, bateau, taxi, VTC, avion, hôtel, camping, spectacle, salle de sport, ... | Banque / Assurance / Mutuelle Frais bancaires, remboursement, sinistre, prise en charge optique/dentaire, ... | Café / Restaurant Descriptions incorrectes, manque d'hygiène, problème à la commande ou à la livraison, ... |
| Voiture / Véhicule / Vélo Garagiste, auto-école, location, réparation, contrôle technique, véhicule neuf ou occasion, garantie, ... | Services aux particuliers CPF, coiffeur, garde d'enfants, nuisibles, ménage, maison de retraite, envoi de colis, ... | Eau / Gaz / Electricité Contrat, prélèvement, énergie, facture excessive, dépassement de consommation, ... | Immobilier Loyer, syndic, copropriété, agence immobilière, location, vente, mandat, état des lieux, DPE, ... |

2. Ensemble du formulaire permettant à un consommateur de signaler une clause abusive dans un contrat d'installation de panneaux photovoltaïques

Firefox

<https://signal.conso.gouv.fr/travaux-renovation/faire-un-sigalement>

Travaux / Rénovation



Pouvez-vous préciser ?

Dépannage

Vous faites appel à une entreprise dans l'urgence à votre domicile (par exemple : vous avez perdu votre clef d'appartement et vous contactez un serrurier pour qu'il vienne vous l'ouvrir, vous appelez un plombier suite à l'explosion de votre canalisation)

Rénovation énergétique

Vous avez été démarché ou vous avez fait appel à une entreprise pour l'installation d'équipements ou la réalisation de travaux de rénovation énergétique (isolation, installation d'un système de chauffage, panneaux solaires)

Autres Travaux

Par exemple : la construction de votre maison ou l'adaptation de votre logement à un handicap ou pour une personne âgée

Produit dangereux

Exemple : marteau, perceuse

Pouvez-vous préciser ?

Démarchage téléphonique

Audit énergétique

chauffage

Par exemple : pompe à chaleur, chauffage au bois, chauffe-eau thermodynamique

Isolation

L'isolation des murs, des combles, du garage/sous-sol, le remplacement de portes/fenêtres

Ventilation

Production d'énergies renouvelables

L'installation d'équipements solaires, petites éoliennes domestiques

Pouvez-vous préciser ?

Prix

Exemple : prix non affiché, devis non respecté

Publicité et pratique de l'entreprise

Exemple : absence d'information, information trompeuse ou mensongère, démarchage

| |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Prestation Exemple : malfaçons sur le chantier, travaux commencés mais jamais terminés |
| Contrat Exemple : contrat non respecté, délai de rétractation, clause abusive |
| Crédits pour les travaux / garanties Défaut d'information, absence de remise du contrat de crédit, engagement financier mensuel supérieur à celui annoncé par le vendeur, annonce d'autofinancement de l'installation |
| Autre |

Pouvez-vous préciser ?

| |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Droit de rétractation Une fois le contrat signé, vous souhaitez revenir en arrière |
| Contrat non respecté |
| Clause abusive Vous souhaitez dénoncer une clause qui vous est particulièrement défavorable |
| Autre |

Travaillez-vous dans l'entreprise que vous souhaitez signaler ?

| |
|---------------------------|
| Non, je n'y travaille pas |
| Oui |

Est-ce que votre problème concerne une entreprise sur internet ?

| |
|-----------------------|
| Oui |
| Non, pas sur internet |

Que souhaitez-vous faire ?

| |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Résoudre mon problème personnel avec l'entreprise Exemple : recevoir mon colis, être remboursé, obtenir une réponse personnalisée, ... |
| Signaler un problème pour que l'entreprise s'améliore Exemple : respect des délais, meilleur affichage des prix, hygiène irréprochable, ... |
| M'informer sur mes droits auprès de la répression des fraudes Exemple : Quelle est la durée de validité du devis qu'on m'a donné ? Un magasin peut-il vendre des produits périmés ? ... |

ANNEXE N°III : Florilège de clause de choix de loi étrangère dans des conditions générales proposées postérieurement à l'arrêt Amazon de 2016 [capturées le 5 juin 2023]

| | |
|-------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Amazon | <p>13. DROIT APPLICABLE</p> <p>Les présentes Conditions d'utilisation sont soumises au droit luxembourgeois (à l'exception de ses dispositions concernant les conflits de lois), et l'application de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises est expressément exclue. Si vous êtes un consommateur et que votre résidence habituelle est située dans un pays de l'Union européenne, vous bénéficiez également de droits vous protégeant en vertu des dispositions obligatoires de la loi applicable dans votre pays de résidence. Vous, comme nous, acceptons de soumettre tous les litiges occasionnés par la relation commerciale existant entre vous et nous à la compétence non exclusive des juridictions de la ville de Luxembourg, ce qui signifie que pour l'application des présentes Conditions d'utilisation, vous pouvez intenter une action pour faire valoir vos droits de consommateur, au Luxembourg ou dans le pays de l'Union européenne dans lequel vous résidez. La Commission européenne met à disposition une plateforme en ligne de résolution des différends à laquelle vous pouvez accéder ici: https://ec.europa.eu/consumers/odr/. Si vous souhaitez attirer notre attention sur un sujet, merci de nous contacter.</p> |
| Microsoft | <p>31. Choix de la législation et du lieu pour le règlement des litiges.</p> <p>La législation de l'Irlande régit toutes les réclamations relatives aux Produits et Services supplémentaires gratuits et payants, mais cela ne vous empêchera pas de bénéficier des protections obligatoires du consommateur en vertu de la loi du pays où nous distribuons vos Produits et Services supplémentaires où se situe votre résidence principale (ou, dans le cas d'une entreprise, où se trouve votre établissement principal). En ce qui concerne la juridiction, vous et Microsoft acceptez de choisir les tribunaux du pays dans lequel nous distribuons vos Produits et Services supplémentaires où se situe votre résidence principale (ou, dans le cas d'une entreprise, où se trouve votre établissement principal) pour tous les litiges découlant des présentes Conditions de vente ou liés à ces Conditions de vente, ou dans le cas contraire, vous pouvez choisir le tribunal compétent en Irlande.</p> |
| Booking.com | <p>A19. Droit applicable et instances compétentes</p> <p>1. Dans la mesure permise par la législation locale contraignante (sur la protection des consommateurs), les présentes Conditions et nos services seront régis par le droit néerlandais (pour les hébergements, les vols ou les attractions) ou le droit anglais (pour la location de voitures et les transports privés/transports en commun).</p> |
| Sony | <p>XIX. Législation applicable et tribunaux compétents</p> <p>XIV.1. Pour tout litige, le droit luxembourgeois est applicable</p> <p>XIX.2. Le CONSOMMATEUR est informé que seuls les Tribunaux de Luxembourg sont compétents pour connaître des litiges éventuels ayant trait à l'utilisation, à l'interprétation et à l'exécution des informations et données figurant sur le site.</p> <p>XIX.3. En cas de litige, le CONSOMMATEUR s'adressera en priorité à ELECTRO HAUSER SARL pour obtenir une solution à l'amiable.</p> |
| Apple | <p>LOI SUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS : POUR LES CONSOMMATEURS COUVERTS PAR DES LOIS OU RÉGLEMENTATIONS SUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS DANS LEUR PAYS DE RÉSIDENCE, LES AVANTAGES CONFÉRÉS PAR CET ACCORD S'AJOUTENT À TOUS LES DROITS ET RECOURS ACCORDÉS PAR CES LOIS ET RÉGLEMENTATIONS, ET VOUS ÊTES INVITÉ À CONSULTER LE SERVICE DE CONSEIL AUX CITOYENS DE VOTRE PAYS DE RÉSIDENCE POUR OBTENIR DE PLUS AMPLES INFORMATIONS SUR CEUX-CI.</p> |

<https://www.amazon.fr/gp/help/customer/display.html?nodeId=GLSBYFE9MGKKQXXM>

<https://www.microsoft.com/fr-fr/store/b/terms-of-sale?rtc=1>

https://www.booking.com/content/terms.fr.html#nov2021_terms_all_applicable_subheading

<https://www.sonycenter.lu/fr/content/18-conditions-generales-de-ventes#tribunauxcompetents>

<https://www.apple.com/fr/legal/sales-support/terms/repair/generalservice/servicetermsfr/>

Bibliographie

I. Ouvrages Généraux

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018

R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., 2013, Dalloz

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2^e éd., 2018

II. Thèses et Ouvrages spéciaux

S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006

Nicolas GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, préface de Mustapha MEKKI, LGDJ, 2017

O. KAFI CHERRAT, *La collectivisation des recours en droit de la consommation : aspects internes et internationaux*, thèse, Univ. de Limoges, 2021

E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROCHE, A. PARENT, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 3^e édition, 2021

Claire-Marie PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse Paris II, sous la direction de L. LEVENEUR, 2013

III. Articles, recueils, répertoires

L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat*, 2018. 262 ; N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, n° 115h2, p. 20

M-J. AZAR-BAUD, « 30 : le nombre d'actions de groupe introduites à ce jour en France », *RLDC*, N° 196, octobre 2021, *Le chiffre du mois*

F. ARBELLOT, « Intérêt sociologique de l'article 700 du code de procédure civile », Dalloz, Répertoire de procédure civile, *Frais irrépétibles*, n°8 et s., avril 2021

C. AUBERT DE VINCELLES, « Repenser les notions de consommateur et de professionnel », in *40 ans du Centre de droit de la consommation et du marché*, Faculté de droit et de sciences politique de Montpellier, Lextenso, éd., 2017, p.65, spé. n°9

C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations – Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice*, *RTD eur.*, 2012, 666, n°6.

N. BALAT, « Fin de partie pour les clauses de limitation de valeur des biens dans le déménagement de consommation ? », *RLDC*, n°181, mai 2020

Paul BARINCOU et Emilie PECQUEUR, « Le successeur du juge d'instance » *Gaz. Pal.* 27 nov. 2018, n° 337x4, p. 46

- M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il tué la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ? » *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence*, nov. 2022, n°10, p. 4
- M. BEHAR-TOUCHAIS, « Réforme du droit des contrats - Le déséquilibre significatif dans le Code civil La Semaine Juridique » - Édition générale n° 14 du 4 avril 2016
- S. BERNHEIM-DESVAUX et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs*, Contrats, conc. consom. 2022, étude 4
- S. BIENENSTOCK, « The Deterrent Effect of French Liability Law: the Example of Abusive Contract Terms », in *Revue d'économie politique*, Dalloz, février 2019, Vol. 129, p. 205 à 234
- H. BOUILLON, « Propos dubitatifs sur l'application du droit des clauses abusives par le juge administratif, Note sous CE, 30 déc. 2015, Société des eaux de Marseille, n387666 », *Civitas Europa* 2016/2 (N° 37), p.221- 239
- G. CHANTEPIE et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Déséquilibre significatif*, Dalloz, Répertoire droit commercial, Janvier 2022 (actualisation : Mai 2023), n°70
- V. CHRISTIAN, F. PICOD, « Consommateur. Section 15 - Éducation des consommateurs », Répertoire de droit européen, Dalloz, janvier 2003, actualisation juillet 2022, n°523
- C. CONSTANTIN-VALLET, « Helvet Immo : le regard de Charles Constantin-Vallet sur la condamnation de BNP Paribas pour pratiques commerciales trompeuses » (propos recueillis par Irène BAUDU), *Revue Lamy droit des affaires*, N° 158, avril 2020
- C. CONSTANTIN-VALLET, « La jurisprudence Helvet Immo redonne espoir aux emprunteurs ! » (propos recueillis par Delphine BAUER), sur *actu-juridique.fr* [en ligne], publié le 20 mai 2022 [consulté le 2 juin 2023], <https://www.actu-juridique.fr/id/AJU004t4>
- R. GOLLA, « L'adaptabilité de la règle de droit face au développement des marketplaces », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N° 188, janvier 2022
- Julia HEINICH, « Action en suppression des clauses abusives », dans *Le Lamy Droit des contrats*, n°1345, actualisé en juin 2022
- L. HEUSCHLING, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in *L'efficacité de la norme juridique*, Editions Bruylant, 2012, p. 35
- C. LACHIEZE, « Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée », *LPA*, juillet 2002, n°131, p.4
- M-H. DE LAENDER « Le consommateur face au(x) droit(s) », in *Comportement du consommateur*, Edition Vuibert, 2016, chapitre 8, p.253 à 279, paragraphe 8
- Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », dans *Droit et société*, Éditions juridiques associées, 2011/3 (n° 79), p. 715 à 732

N. MATHEY, « Statut de la Commission des clauses abusives : nature de la Commission et de ses actes », dans *Le Lamy droit économique*, n°5387, actualisé en novembre 2022

D. MELISON, « Le juge civil et la négociation », *Revue Lamy droit des affaires*, N° 180, avril 2022

F. PERALDI LENEUF, « L'évaluation législative : l'exemple de l'Union européenne », in *La qualité de la loi : expériences française et européenne*, sous la direction de Pierre ALBERTINI, 2015, Mare & Martin, p185

L. PINTO, « La construction sociale d'une fiction juridique : le consommateur, 1973-1993 », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Editions Le Seuil, avril 2013, n° 199, p. 4 à 27

T. REVET, « *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* », *D.2015*, p.1217, n°9

Etienne RIGAL, « The True Story of the Active Role of Courts in Consumer Litigation », in *National Judges and the European Court of Justice*, par E. POILLOT , p.7-16

C. ROTH, « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », *RDLC* 2009, n°61, p.7

R. SAINT-ESTEBEN, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009-3, p. 1275

IV. Rapports, études

COMMISSION EUROPEENNE, Rapport sur l'application de la directive 93/13/CEE/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 27 avril 2000, COM/2000/0248

COMMISSION EUROPÉENNE, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, Final report Part 1 – Main report, et Part 3 – Country report, mai 2017

COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, Programme préliminaire pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE*, n° C 92, 25 avril 1975

D. LAURENT, Rapport sur le mouvement consumériste en France, pour le Secrétariat d'Etat à l'Industrie et à la Consommation, 7 mai 2009

Liste des arrêts cités

Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 27 novembre 2018, requête n°22853/15, *Merkantil Car Zrt. c. Hongrie*

CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA*

CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*

CJCE, 1^{er} avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG*

CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*

CJUE, 9 nov. 2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing Zrt*

CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Invitel*

CJUE 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*

CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Espanol de Crédito,*

CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Aziz,*

CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Carabito,*

CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*

CJUE, 27 févr. 2014, aff. C-470/12, *Pohotovos*

CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*

CJUE, avis, 18 déc. 2014, n° 2/13

CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-168/15, *Milena Tomášová,*

CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation contre Amazon EU Sàrl,*

CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*

CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-119/15, *Biuro podróży Partner*

CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/Facebook Ireland Limited*

CJUE 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai,*

CJUE, 26 juin 2019, aff. C-407/18

CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, *Gómez del Moral Guasch,*

CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-208-18, *Petruchová ;*

CJUE, 11 mars 2020, C-511/17, *Lintner*

CJUE, 2 avr. 2020, aff. C-500/18, *Reliantco Investment*

CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-224-19, *Caixabank*

CJUE, 10 juin 2021, aff. jtes. C-776/19 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*

CJUE, 24 fev. 2022, aff. C-536/20, *Tiketa*

CJUE, 17 mai 2022, aff. C-693/19 et C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*

CJUE, 22 sept. 2022, aff. C-335/21
CJUE, 22 septembre 2022, aff. C-215/21
CJUE, 12 janvier 2023, aff. C-395/21
CJUE, 16 mars 2023, aff. C-6/22
CJUE, 20 avril 2023, aff. C-263/22

Arrêts du Conseil constitutionnel :

Conseil constitutionnel, décision n° 2010-85 QPC, 13 janvier 2011
Conseil constitutionnel, décision n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011
Conseil constitutionnel, décision n° 2018-749 QPC, 30 nov. 2018
Conseil constitutionnel, décision n°2021-984 QPC, 25 mars 2022

Arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat

Cass. civ. 3^{ème}, 9 mars 1988, n° 86-17.869: Bull. III n°54
Cass. civ. 1^{ère}., 14 mai 1991, n°89-20.899, *Lorthioir*, Bull. civ. I, no 153
Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n°92-18.227 ; Bull. civ I, n°54
Cass. civ. 1^{ère}., 13 nov. 1996, n°94-17.369, Bull. civ. I, no 399
Cass. civ. 1^{ère}, 15 févr. 2000, n°98-12.713 et 2 oct. 2002, n° 00-10.664
Cass civ. 2^e, 23 janvier 2003, n°01-00.200 :
Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} févr. 2005, n° 03-13.779, Bull. civ. I, n° 61, JCP G 2005, II, n° 10057
Cass. civ. 2^{ème}, 18 juin 2009, n°08-10.843
Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 2010, n°09-13.303
Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2011, n°08-14402
Cass. civ. 1, 9 avril 2014, n°12-23.022
Cass. civ. 1^{ère}., 4 juin 2014, nos 13-13.779 et 13-14.203
Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 2014, n° 13-21.801
Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan*, ; Com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera France*
Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 2016, n°14-29.347
Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2017, n° 16-14157
Cass. civ. 1^{ère}., 26 avril 2017, n°15-18.970, Bull. civ. I, no 94
Cass. com. 15 février 2018, n°17-11.239
Cass. civ 1^{ère}, 20 février 2019, n°17-31.065
Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n°17-23.169
Cass. civ. 1^{ère}., 26 septembre 2019, n°18-10.890 & n°18-10.891
Cass. civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, n°18-21.164 P

Cass. com., 12 février 2020, n°17-31.614
Com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782
Cass. civ 1^{ère}, 30 mars 2022, n° 19-17.996
Cass. civ 1^{ère}, 20 avril 2022, n°20-16.942
Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2023, n°21-20.643
CE, 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, n°221458
CE, 16 janv. 2006, n°274721 et n°274722
CE, 24 mars 2021, n°431786

Arrêts et jugements de juridictions du fond :

CA Rouen, 12 décembre 2012, RG n°12/01200, *Azuki c/ Sofresid Engineering*.
CA Paris, 7 juin 2013, RG n°11/08674, *Netmakers c/ Antigone*
CA Paris, 06 septembre 2016, RG n° 15/00030, *Optical Center*
TGI Paris, 7 août 2018, RG n° 14/07300
CA Versailles, 8 février 2019, RG n° 17/05367
TJ Paris, 9 juin 2020, n° 16/09799
CA Paris, 27 nov. 2020, n° 18/00024 (pôle 2 ch. 6)
CA Paris, 15 avril 2021, RG n°20/10957
TJ Paris, 28 juin 2022, n° 18/00477, *UFC-Que choisir c/ Blablabus*
TJ Lagny-sur-Marne, 5 septembre 2022, RG n°11-21-001324
CA Bordeaux, 4 octobre 2022, RG n° 22/00146
CA Grenoble, 13 décembre 2022, RG n° 19/01390
CA Paris, 22 mars 2023, RG n°18/18698
CA Toulouse, 13 avril 2023, n° 19/01253

Table des matières

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Remerciements | 3 |
| Liste des principales abréviations | 4 |
| Sommaire | 5 |
| INTRODUCTION | 6 |
| PARTIE 1 : LE DEPLOIEMENT DE L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES DANS L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE | 11 |
| CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES | 12 |
| Section 1 : La protection des consommateurs contre les clauses abusives | 12 |
| §1. La réglementation européenne et sa transposition | 12 |
| A. La directive 93/13/CEE/CEE du 5 avril 1993 | 12 |
| B. La directive <i>omnibus</i> du 27 novembre 2019 | 15 |
| §2. Les listes noire et grise d'origine réglementaire | 16 |
| Section 2 : Le rayonnement de la réglementation contre les clauses abusives en dehors du champ du droit de la consommation | 19 |
| §1. Les clauses abusives dans les contrats entre professionnels | 19 |
| §2. Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion | 23 |
| CHAPITRE 2 : LES ACTEURS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES | 27 |
| Section 1 : La protection contre les clauses abusives assurée par le juge | 27 |
| §1. La place des juges dans la protection contre les clauses abusives | 27 |
| A. Les juges du fond | 27 |
| B. Les juges supérieurs | 31 |
| §2. Le rôle du juge dans la protection contre les clauses abusives | 33 |
| A. Le contrôle des clauses effectué par les juges | 33 |
| 1. L'appréciation du caractère abusif d'une clause | 33 |
| 2. La question du contrôle du prix | 35 |
| B. L'intervention positive du juge pour la protection des consommateurs | 37 |
| 1. L'affirmation du principe de l'obligation du relevé d'office des clauses abusives | 37 |
| 2. Les difficultés pratiques au relevé d'office du juge | 39 |
| Section 2 : La protection contre les clauses abusives assurée par d'autres acteurs | 42 |
| §1. La protection assurée par les acteurs publics | 42 |
| A. L'autorité régulatrice et consultative : la Commission des clauses abusives | 42 |
| B. L'autorité de contrôle : la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes | 46 |

| | | |
|-----|-------------------------------------------------------------------|----|
| 1. | Des prérogatives étendues | 46 |
| 2. | Une action limitée..... | 49 |
| §2. | La protection assurée par les associations de consommateurs | 51 |
| A. | Le rôle non contentieux..... | 51 |
| B. | Le rôle contentieux..... | 53 |

PARTIE 2 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LES PERSONNES 61

CHAPITRE 1 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LES CONSOMMATEURS 62

| | | |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Section 1 : | La portée étendue de la protection conférée par la lutte contre les clauses abusives | 62 |
| §1. | Le champ de la protection : la protection du citoyen dans son rôle de consommateur | 62 |
| A. | Le sujet de la protection : la notion juridique de consommateur et de non-professionnel..... | 62 |
| B. | L'objet de la protection : « <i>restituer aux consommateurs la place qui leur revient dans une société de consommation</i> »..... | 65 |
| §2. | La mise en échec des effets nocifs des clauses abusives | 69 |
| A. | Le caractère non-contraignant des clauses abusives | 69 |
| B. | La révision exceptionnelle de la clause et du contrat | 73 |
| Section 2 : | Les obstacles à une protection pleinement effective | 76 |
| §1. | Un obstacle procédural : l'absence d'effet restitutoire automatique | 76 |
| §2. | Les obstacles socio-économiques | 79 |
| A. | La difficulté de débusquer une clause Une information insuffisante sur la protection dont ils bénéficient | 80 |
| 1. | La difficulté d'appréhension des contrats | 80 |
| 2. | Le manque de connaissance des consommateurs sur leurs droits | 84 |
| B. | Le coût d'une procédure | 86 |

CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES SUR LA PARTIE FORTE 90

| | | |
|-------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 1 : | L'évolution des pratiques des professionnels..... | 90 |
| §1. | La mise en conformité des contrats..... | 90 |
| §2. | Le respect de l'exigence de transparence | 92 |
| Section 2 : | Le persistance des clauses abusives dans les contrats proposés par les professionnels..... | 95 |
| §1. | Des sanctions insuffisantes contre les professionnels usant des clauses abusives..... | 95 |
| A. | L'effet dissuasif limité des sanctions | 95 |
| B. | L'effet relatif des sanctions | 101 |
| §2. | Des difficultés concrètes pour éliminer les clauses abusives..... | 104 |
| A. | Les difficultés rencontrées lors de la rédaction des contrats..... | 104 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|
| B. Les difficultés rencontrées par certains types de professionnels..... | 106 |
| Conclusion générale et propositions | 108 |
| ANNEXES | 111 |
| Bibliographie | 116 |
| Liste des arrêts cités..... | 119 |
| Table des matières..... | 122 |