



CHAIRE MASTER

**Droit de la consommation**

Fondation



**Master 2 Droit des affaires**

**Droit de la consommation et des pratiques commerciales**

**MÉMOIRE 2021**

**Le caractère non contraignant des clauses abusives**

**COURT Audrey**

Sous la direction de

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, Professeure à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (Paris-Saclay), co-directrice de la Chaire Droit de la consommation de CY Cergy Paris Université



faculté  
de droit



CERGY PARIS

UNIVERSITÉ



## REMERCIEMENTS

J'adresse mes sincères remerciements aux personnes qui m'ont aidée dans la réalisation de ce mémoire.

En premier lieu, je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à ma directrice de mémoire, Madame Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD. Je la remercie pour le temps qu'elle m'a accordée, pour ses précieux conseils, ses orientations et ses encouragements.

Je remercie également l'ensemble des professeurs du Master Droit de la consommation et des pratiques commerciales, qui par leurs paroles, leurs explications et leurs conseils ont guidé mes réflexions.

Enfin, je remercie les partenaires de la Chaire Droit de la consommation de CY Cergy Paris Université, qui par leurs nombreuses interventions, m'ont permis d'approfondir mes connaissances et ma vision du droit de la consommation. Je remercie l'UFC-Que Choisir et particulièrement mon maître de stage, Raphaël BARTLOME, pour m'avoir accueillie au sein de leur service juridique et permis de développer une réflexion pratique sur mon sujet de mémoire.



## LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<b>Cass. civ.</b>	:	arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
<b>CJCE</b>	:	Cour de Justice des Communautés Européennes
<b>CJUE</b>	:	Cour de Justice de l'Union Européenne
<b>TFUE</b>	:	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
<b>Préc.</b>	:	précité



## SOMMAIRE

Remerciements .....	1
Liste des principales abréviations.....	3
Sommaire.....	5
Introduction .....	7
Partie 1 : La qualification du caractère non contraignant d'une clause abusive .....	15
Chapitre 1 : L'analyse de la règle prévue par la directive 93/13/CEE.....	16
Section 1 : Le choix du caractère non contraignant .....	17
Section 2 : L'efficacité du caractère non contraignant dans la lutte contre les clauses abusives .....	24
Chapitre 2 : L'analyse des transpositions du caractère non contraignant.....	33
Section 1 : Le choix du « réputé non écrit » en droit français .....	34
Section 2 : Les sanctions choisies par les autres Etats membres .....	45
Partie 2 : Les effets du caractère non contraignant de la clause abusive.....	53
Chapitre 1 : Les conséquences substantielles .....	54
Section 1 : La disparition de la clause abusive .....	55
Section 2 : Le sort du contrat comportant une clause abusive .....	65
Chapitre 2 : Les conséquences processuelles .....	74
Section 1 : Le relevé d'office des clauses abusives .....	75
Section 2 : Le caractère imprescriptible de l'action en constatation des clauses abusives .....	83
Conclusion générale .....	95
Bibliographie .....	97
Liste des arrêts cités.....	100
Index Alphabétique .....	102
Table des matières .....	104





## INTRODUCTION

1. Le 29 avril 2021, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) répondait à une énième question préjudicielle concernant l'interprétation de la directive 93/13/CEE et plus particulièrement de son article 6 paragraphe 1 qui prévoit le caractère non contraignant des clauses abusives<sup>1</sup>. Depuis de nombreuses années, les Etats membres n'ont de cesse de questionner la CJUE sur les conséquences à tirer du caractère non contraignant de ces clauses.

2. Malgré son adoption il y a plus de 20 ans, la directive réglementant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs n'a pas perdu de son intérêt et reste d'actualité. En effet, encore trop de professionnels violent cette réglementation. A titre d'exemple, en France, le tribunal judiciaire de Paris est venu condamner, le 27 octobre 2020, la société UBER pour l'insertion de 24 clauses abusives dans ses contrats conclus avec les consommateurs. Grâce à cette action en justice, introduite par l'association de défense des consommateurs UFC-Que Choisir, ces 24 clauses jugées abusives ont été réputées non écrites<sup>2</sup>. Cette condamnation intervient après la récente condamnation de la société Apple, en juin 2020, pour l'insertion de plusieurs clauses abusives présentes dans les conditions générales et la politique de confidentialité de son service juridique, elle-même intervenue après les condamnations des sociétés Twitter, Facebook et Google en 2018 et 2019<sup>3</sup>. Il est donc malheureusement possible de constater que les clauses abusives ne cessent d'être utilisées par les professionnels à l'encontre des consommateurs.

3. De ce constat, l'on pourrait croire, à tort, que la lutte contre les clauses abusives est inefficace. Pourtant, le législateur européen, avec les apports ultérieurs de la CJUE, a mis en place en 1993 un régime, complet et original, permettant de lutter efficacement contre de telles clauses. Il a notamment été imposé aux Etats membres de prévoir que la clause abusive ne lie pas le consommateur. Cette directive a récemment fait l'objet d'une évaluation à l'occasion d'un bilan de qualité en 2017, lequel a conclu que « *l'approche fondée sur des principes de la directive 93/13/CEE est efficace et contribue à un niveau élevé de protection des consommateurs* »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> CJUE, 29 avril 2021, aff. C-19/20, Bank BPH.

<sup>2</sup> Tribunal judiciaire de Paris, 27 octobre 2020, n°RG 16/07290.

<sup>3</sup> Communiqué de Presse, UFC-Que Choisir, 12 juin 2020, <https://www.quechoisir.org/actualite-clauses-abusives-l-ufc-que-choisir-fait-condamner-apple-n80119/>.

<sup>4</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019 – Rapport final du 23.5.2017, SWD(2017) 208 final.

4. Avant de commencer toute analyse, il semble nécessaire dans un premier temps de présenter la directive qui fera l'objet de ce mémoire. Connaître son champ d'application ainsi qu'avoir un rapide aperçu de son objet sera primordial afin d'appréhender l'intérêt qui est réservé au caractère non contraignant.

### **Présentation de la Directive 93/13/CEE.**

5. Jugeant nécessaire de réglementer l'utilisation des clauses abusives dans les contrats de consommation, la Commission européenne avait présenté une proposition de directive le 24 juillet 1990. Trois ans plus tard, le 5 avril 1993, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs fut adoptée par le conseil de l'Union européenne en coopération avec le Parlement européen. Cette directive a pour objectif de protéger les consommateurs contre les clauses standardisées abusives imposées par les professionnels.

6. Comme l'indique l'article 8 de ladite directive, il s'agit d'une directive d'harmonisation minimale, permettant ainsi aux Etats membres d'étendre la protection des consommateurs.

7. Depuis son adoption, la directive relative aux clauses abusives a été interprétée par de très nombreuses décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. Sa compétence préjudicielle, octroyée par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), lui permet en effet de statuer sur l'interprétation des actes de droit dérivé à la demande des juridictions nationales lorsqu'elles sont saisies d'un litige. La décision rendue par la CJUE, qui s'adresse à la juridiction de renvoi de l'État membre concerné, concerne tous les Etats membres de l'Union européenne. Ces derniers sont tenus d'appliquer ces décisions et de se mettre en conformité avec ce droit.

8. Dans le but de renforcer et moderniser les règles de protection des consommateurs, la directive 2019/2161 du 27 novembre 2019 est venue modifier la directive 93/13/CEE<sup>5</sup>. Un article 8 ter relatif aux sanctions a ainsi été ajouté. Désormais, les Etats doivent prévoir

---

<sup>5</sup> Dir. 2019/2161 du 27 novembre 2019, dite omnibus, modifiant la directive 93/13/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.

des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, en plus du caractère non contraignant des clauses abusives.

9. Afin de garantir au consommateur une protection la plus étendue possible, le législateur européen a consacré un large champ d'application à la directive, permettant ainsi de soumettre au contrôle du caractère abusif, la plupart des clauses contractuelles présentes dans les contrats de consommation, si ce n'est toutes.

### **Le champ d'application de la directive 93/13/CEE.**

10. Le droit européen réserve le contrôle des clauses abusives aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Conformément à l'article 2, c) de cette directive, le professionnel est compris comme étant « *toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* ». Au contraire, le consommateur est la personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle (article 2, b).

11. Une fois vérifiée la qualité des parties, il convient de s'assurer du champ d'application matériel de la directive.

12. Concernant ce dernier, il ressort du considérant 10 que tous les contrats de consommation, sans exception, relèvent de la directive en cause<sup>6</sup>. Aussi bien les contrats de vente de biens que les contrats de fourniture de services sont concernés par ladite directive<sup>7</sup>. De même, il n'y a pas à distinguer entre les contrats conclus en présence des parties, à distance ou hors établissement. La CJUE a par ailleurs indiqué qu'« *il s'agit d'une directive générale de protection des consommateurs, qui a vocation à s'appliquer dans tous les secteurs d'activité économique* »<sup>8</sup>. Le champ d'application de la directive se veut ainsi le plus large possible afin de garantir une protection étendue des consommateurs. Certains auteurs ont ainsi pu constater qu'« *il [s'agissait] de la première directive de portée générale qui vise l'harmonisation du droit des contrats dans leur ensemble* »<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Considérant 10 de la directive 93/13/CEE, « *ces règles doivent s'appliquer à tout contrat (...)* ».

<sup>7</sup> CJUE, 30 mai 2013, aff. C6488/11, Asbeek Brusse et de Man Garabito, pt 29 et 30.

<sup>8</sup> CJUE, 6 juillet 2017, aff. C-290/16, Air Berlin, point 44.

<sup>9</sup> Vassili CHRISTIANOS et Fabrice PICOD, Consommateur, Répertoire de droit européen, Janvier 2003 (actualisation juillet 2020)

13. De cette manière, tous les contrats ainsi que toutes les clauses de ces contrats relèvent de la directive. Une condition a toutefois été posée par l'Union européenne : seules les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle sont soumises à la directive en cause. Cette absence de négociation individuelle est présumée lorsque la clause a été rédigée au préalable et que le consommateur n'a pu avoir une influence sur le contenu de la clause. Cette restriction du champ d'application de la directive est toutefois à relativiser au regard du nombre de contrats pré-rédigés en droit de la consommation. Dans notre société de consommation de masse, il est extrêmement rare qu'un consommateur puisse négocier les termes de son contrat. Nous sommes aujourd'hui dans un système de contrats d'adhésion où seule une acceptation de la part du consommateur sera requise pour conclure le contrat. Il serait également possible de parler de contrats de masse. En droit de la consommation, très peu de contrats auront vocation à être négociés. Tout au plus, seules certaines clauses – celle sur le prix et sur l'objet du contrat – feront l'objet d'une négociation entre le professionnel et le consommateur mais précisément elles ne peuvent être soumises au test du déséquilibre significatif sauf défaut de clarté.

14. Sont également exclues du champ d'application, les clauses qui « *reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales* »<sup>10</sup>. Il s'agit de clauses d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger. Le considérant 13 de la directive assimile les règles supplétives aux règles impératives. Une règle supplétive s'appliquera par défaut, lorsque les parties n'auront pas prévu d'arrangement contractuel différent. Il est possible de déroger à de telles règles, mais elles correspondent à une normalité idéale. Le législateur européen a exclu ses règles du champ de la directive car il est présumé que le législateur national a souhaité établir, par ces règles, un équilibre entre les droits et obligations des parties aux contrats, de sorte qu'il est certain qu'elles ne présenteront pas de caractère abusif. Leur contrôle semble donc inutile.

15. Ainsi, pourvu que la clause n'ait pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qu'elle ne reflète pas une disposition impérative, celle-ci entrera dans le champ d'application matériel de la directive et fera l'objet d'un contrôle.

16. Ce champ d'application varie parfois d'un Etat à l'autre. Certains Etats membres ont pu choisir, de différentes manières, d'étendre ce champ d'application, étant entendu que ce dernier représente le champ minimal devant toujours être respecté par les Etats membres.

---

<sup>10</sup> Dir. 93/13/CE, article 1, paragraphe 2.

La France a par exemple souhaité étendre la protection aux non-professionnels et soumettre au contrôle du caractère abusif les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle. Aussi, le contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation est très large, garantissant de cette manière le plus possible la protection de la partie faible du contrat.

### **Le caractère abusif d'une clause.**

17. La directive vise à éradiquer les clauses abusives. Mais qu'est-ce qu'une clause abusive ? De quelle manière conclure au caractère abusif d'une clause ? Ces questions sont d'une importance majeure puisque pour garantir que ces clauses ne lient pas le consommateur, il est nécessaire de pouvoir dans un premier temps les identifier.

18. En vertu de l'article 3, paragraphe 1 de la directive, est abusive une clause qui, « *en dépit de l'exigence de bonne foi, crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ». Le déséquilibre significatif est donc le critère général permettant de conclure au caractère abusif d'une clause. Le paragraphe 3 de ce même article renvoie ensuite à une liste indicative et non-exhaustive de clauses présumées abusives. Cette liste est bénéfique à la fois pour le juge en ce qu'elle permettra d'attirer son attention et pour le professionnel, en ce qu'elle pourra constituer un guide lui permettant d'éviter d'insérer des clauses abusives. Aussi, cette liste participe à l'effectivité de la protection du consommateur ainsi qu'à la dissuasion du professionnel.

19. La CJUE a indiqué dans un arrêt du 28 juillet 2016 que le caractère abusif d'une clause se fonde sur 3 critères d'appréciation : la bonne foi, l'équilibre et la transparence<sup>11</sup>. Cette appréciation doit en outre tenir compte de la nature des biens ou services au moment de la conclusion du contrat. L'article 4 paragraphe 1 de ladite directive dispose en effet que « *le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat ou d'un autre contrat dont il dépend* ».

20. Pour ce qui est de l'équilibre de la clause, la CJUE explique que le déséquilibre significatif, au détriment du consommateur, s'apprécie au travers d'une analyse

---

<sup>11</sup> CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-191/15, Verein für Konsumenteninformation, pt. 64.

comparative, entre la clause litigieuse et la règle nationale applicable en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit en vigueur<sup>12</sup>.

21. Ensuite, il a été admis que le non-respect des exigences de transparence peut indiquer un caractère abusif. La CJUE a en effet indiqué que la transparence d'une clause *« ne se réduit pas au seul caractère compréhensible de celle-ci sur les plans formel et grammatical mais implique également que le consommateur puisse prévoir les conséquences économiques qui découlent pour d'une clause contractuelle »*<sup>13</sup>. C'est ainsi que la CJUE a pu déclarer abusive une clause qui induit le consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi choisie par le professionnel s'applique au contrat conclu par voie électronique, sans l'informer qu'il bénéficie également des dispositions protectrices de sa loi étatique<sup>14</sup>. La CJUE a conclu à ce caractère abusif sur le fondement du critère de l'induction en erreur.

22. Concernant les clauses portant sur l'objet et le prix, qui entrent dans le champ d'application de la directive, un traitement spécifique leur est réservé. Ces dernières ne feront pas l'objet d'une appréciation du caractère abusif pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible<sup>15</sup>. Ceci s'explique par le fait que le régime des clauses abusives a vocation à s'appliquer aux clauses accessoires du contrat<sup>16</sup>.

23. Le contrôle du caractère abusif d'une clause n'est pas une tâche aisée. Il est parfois très complexe et subtil de conclure à la présence d'une clause abusive dans un contrat.

### **La répression de cet abus contractuel**

24. Une fois qu'il est défini que la clause litigieuse entre dans le champ d'application de la directive et qu'il a été conclu qu'elle présentait un caractère abusif, que se passe-t-il ? Quel est le sort réservé à cette clause ? La sanction jouera ici un rôle crucial dans la lutte contre ces clauses abusives.

---

<sup>12</sup> CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, Aziz, pt 68.

<sup>13</sup> CJUE, 20 septembre 2017 aff. C-186/16, Andriuc e.a., pts 44 et 45.

<sup>14</sup> CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-272/18, Verein für Konsumentinformation, pt 58.

<sup>15</sup> Dir. Article 4, paragraphe 2.

<sup>16</sup> Sur la clarté et la compréhension de ces clauses, voir CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, Kásler et Káslerné Rábai, notamment pt 75.

25. En règle générale, la sanction de la violation d'une règle nationale transposant une directive européenne est laissée à l'appréciation de chaque Etat membre, en fonction de son droit national. L'Union européenne exige uniquement des Etats membres qu'ils prévoient des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives.

26. Cependant, l'article 6 paragraphe 1 dispose que « *Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives* ». Le législateur européen a ainsi fait le choix original de prévoir l'effet de la sanction. Le caractère non contraignant ne désigne pas précisément un régime de sanction connu dans les droits nationaux. En effet, aucun Etat membre ne connaissait une telle expression avant cette directive.

27. Les clauses abusives ne peuvent donc lier le consommateur, elles ne sont pas contraignantes. Pour autant, le contrat subsiste sans la clause, lorsque cela est juridiquement possible. Le procédé est pour le moins original et se rattache à la politique de maintien du contrat qui anime depuis déjà quelque temps les législateurs. Cet effet, prévu par l'article 6§1, a pour objectif de supprimer le déséquilibre créé par la clause litigieuse, tout en protégeant les intérêts économiques des parties au contrat.

28. L'article 6§1, nous le verrons tout au long de ce mémoire, possède un rôle central et crucial dans la réalisation des objectifs européens. Sans cette disposition, la protection du consommateur contre les clauses abusives ne pourrait être aussi effective.

29. Originale et nouvelle pour l'Union européenne, il a fallu au fil des années en préciser les contours. C'est ce que la CJUE s'est attachée à faire, améliorant et renforçant toujours un peu plus la protection du consommateur. L'interprétation de la directive 93/13/CEE par la CJUE ne se limitait pas aux seuls critères d'appréciation au fond des clauses contractuelles mais concernait également les conséquences, substantielles et processuelles, à tirer du caractère abusif des clauses contractuelles. Les Etats membres ont fréquemment saisi la Cour en ce sens.

30. Après tant d'années et toutes les interprétations fournies par la CJUE sur la règle du caractère non contraignant des clauses abusives, il est donc important de se questionner sur la signification et les conséquences qui découlent de la disposition 6§1. Quelle importance le législateur a-t-il entendu réserver à cette règle et quelles exigences les Etats

membres doivent-ils remplir afin d'être en conformité avec le droit de l'Union européenne ? De quelle manière le caractère non contraignant des clauses abusives permet-il une protection efficace des consommateurs ?

31. Afin de répondre au mieux à ces questions, il convient dans un premier temps de s'attacher à la qualification du caractère non contraignant des clauses abusives en recherchant la place qui lui a été réservée dans la lutte contre les clauses abusives ainsi qu'en recherchant la compréhension de la notion par les Etats membres. Une fois la notion du caractère contraignant établie, il faut alors s'intéresser à son régime. Toute la spécificité de la notion réside dans les effets produits par celle-ci à l'égard du consommateur dans l'exercice de ses droits ainsi qu'à l'égard de la relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur. Les effets du caractère non contraignant sont variés et présentent de nombreux avantages venant contribuer à la protection efficace du consommateur. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur la qualification du caractère non contraignant d'une clause abusive (Partie 1), puis de s'intéresser aux effets du caractère non contraignant de la clause abusive (Partie 2).



## **PARTIE 1 : LA QUALIFICATION DU CARACTERE NON CONTRAIGNANT D'UNE CLAUSE ABUSIVE**

32. 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" »*<sup>17</sup>. La directive 93/13/CEE, avec son article 6§1, semble présenter l'originalité d'harmoniser la sanction de la violation de la règle européenne. Cet article 6 joue un grand rôle dans la mise en œuvre de ladite directive, il s'agira d'analyser la règle prévue par la directive 93/13/CEE (Chapitre 1).

33. Comme l'a souligné la Cour de justice de l'Union européenne, les Etats membres conservent une certaine marge d'autonomie dans la transposition du caractère non contraignant des clauses abusives. Il conviendra d'analyser les transpositions du caractère non contraignant (Chapitre 2).

---

<sup>17</sup> CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, Banco Espanol de Crédito, pt 62.

## **CHAPITRE 1 : L'ANALYSE DE LA REGLE PREVUE PAR LA** **DIRECTIVE 93/13/CEE**

34. L'article 6 paragraphe 1 pose la règle du caractère non contraignant des clauses abusives en disposant que de telles clauses « ne lient pas le consommateur ». Pourquoi le législateur européen a-t-il fait ce choix et en quoi n'est-il pas anodin ? Le choix du caractère non contraignant sera ainsi discuté dans un premier temps (Section 1). Au regard de la place du caractère non contraignant dans la réalisation des finalités de la directive, celui-ci se doit de présenter une certaine efficacité. Il conviendra alors de s'interroger sur l'efficacité du caractère non contraignant dans la lutte contre les clauses abusives (Section 2).

## **SECTION 1 : LE CHOIX DU CARACTERE NON CONTRAIGNANT**

35. Afin d'atteindre les objectifs fixés par la politique européenne, le législateur européen a consacré cette notion pour le moins originale, conférant alors à l'article 6§1 une place cruciale dans la réalisation des objectifs poursuivis par la directive (§1). Originale en ce qu'elle pourrait être qualifiée de sanction, ou du moins s'y apparenter, le caractère non contraignant des clauses abusives serait une des rares sanctions européennes présentes au sein des directives de consommation (§2).

### **§1 Une place cruciale dans la réalisation des objectifs poursuivis par la directive**

36. La directive 93/13/CEE poursuit différents objectifs conformément à la politique menée par l'Union européenne (A.). D'une importance majeure pour la réalisation de ces objectifs, la disposition 6 paragraphe 1 a été qualifiée par la jurisprudence européenne de disposition impérative, équivalant à une règle nationale d'ordre public (B.).

#### **A. Les objectifs poursuivis par la directive**

37. La directive du 5 avril 1993 vise à rapprocher les législations nationales dans le but d'élever le niveau de protection des consommateurs contre les clauses abusives non négociées individuellement dans des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Elle a donc pour objectif premier de lutter contre les clauses abusives (1.) et participe par la même occasion à la réalisation des objectifs généraux de l'Union européenne (2.).

##### **1- La lutte contre les clauses abusives**

38. Le considérant 9 de la directive énonce que « *les acquéreurs de biens ou de services doivent être protégés contre les abus de puissance du vendeur ou du prestataire, en particulier contre les contrats d'adhésion et l'exclusion abusive de droits essentiels dans les contrats* ». Ainsi, la directive entend lutter contre les clauses abusives et opérer un rééquilibrage des contrats contenant de telles clauses. A la lecture de ce considérant, on comprend que la lutte contre les clauses abusives est justifiée par le fait qu'elles sont utilisées à l'encontre des parties contractantes les plus faibles. La supériorité économique du

professionnel enlève toute possibilité au consommateur de négocier les clauses, ce dernier étant forcé d'y adhérer. Dans leur ouvrage, Messieurs SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER et EBERS indiquent que deux théories peuvent justifier la réglementation des clauses abusives, celle de l'abus et celle basée sur la prise en compte des coûts de transaction. Avec la théorie de l'abus, « *le contrôle de validité contrebalance un déséquilibre dans le pouvoir de négociation et dans les connaissances* »<sup>18</sup>. C'est donc cette théorie de l'abus qui a été consacrée par l'Union européenne.

39. Cette infériorité du consommateur, justifiant la lutte contre les clauses abusives, est fréquemment rappelée dans la jurisprudence de la CJUE. Dans l'arrêt *Asbeek Brusse*, il est par exemple indiqué que le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que « *le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci* »<sup>19</sup>.

40. Cette lutte contre les clauses abusives va participer à la réalisation des objectifs généraux de l'Union européenne.

## 2- La participation aux objectifs généraux de l'Union européenne

41. Comme pour l'ensemble des directives relatives au droit de la consommation, deux objectifs sont poursuivis par l'Union européenne. Le premier est de protéger efficacement les consommateurs. Le second est de contribuer à l'établissement d'un marché intérieur, celui-ci étant défini comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée<sup>20</sup>.

42. Le considérant 6 de directive 93/13/CEE rappelle la nécessité de lutter contre les clauses abusives et de les supprimer afin d'atteindre ces objectifs. Il dispose en effet que « *en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle*

---

<sup>18</sup> H. SCHULE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. Ebers, *EC Consumer law compendium: The consumer acquis and its transposition in the member states*, European law publishers, 2009, p. 204 : « *A review of validity shall accordingly counter an imbalance in bargaining power and knowledge* ».

<sup>19</sup> CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Carabito*, pt 31. Aussi rappelé dans les arrêts aff. C-147/16, *Karel de Grote*, pt 54 ; aff. C-110/14, *Costea*, pt 18.

<sup>20</sup> TFUE, art. 26§2.

*de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives* ». La CJUE, dans l'arrêt Mostaza Claro du 26 octobre 2006, a rappelé le rôle de la directive 93/13/CEE dans la réalisation des objectifs généraux de l'Union européenne en indiquant, que « *la directive, qui vise à renforcer la protection des consommateurs, constitue, conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous t), CE, une mesure indispensable à l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de cette dernière* »<sup>21</sup>. Cette affirmation a ensuite été réitérée dans de nombreux arrêts.

43. Afin de marquer l'importance de l'article 6 dans la réalisation de ces finalités la Cour de justice a notamment nommé cette disposition d'impérative et de norme équivalent à une règle nationale d'ordre public.

### **B. Une disposition impérative d'ordre public**

44. L'article 6§1 tend à substituer un équilibre réel à une inégalité entre les parties au contrat permettant de rétablir une égalité dans la relation contractuelle. Le déséquilibre qui existait au sein de la relation contractuelle, est supprimé par le fait que la clause ne lie pas les consommateurs. Il n'y aura ainsi plus d'abus de connaissance et de pouvoir de négociation.

45. Si important, l'article 6§1, énonçant le caractère non contraignant des clauses abusives, en est une disposition impérative à laquelle on ne peut donc déroger. C'est ce qu'a précisé la Cour de justice dans de nombreux arrêts<sup>22</sup>. Les parties au contrat ne peuvent donc pas déroger au caractère non contraignant des clauses abusives.

46. En outre, la Cour de justice a déclaré que la protection effectuée par ladite directive était d'intérêt public, ce qui justifie de qualifier l'article 6§1 de règle d'ordre public. Plus précisément la Cour indique que « *étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs, l'article 6 de*

---

<sup>21</sup> CJUE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, Mostaza Claro, pt 37.

<sup>22</sup> CJUE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, Mostaza Claro, pt 37. Également : CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, Asbeek Brusse et de Man Carabito, pt 38 ; 6 octobre 2009, aff. C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, pt 30 ; 14 juin 2012, aff. C-618/10, Banco Español de Crédito, pt 40 ; 15 mars 2012, aff. C-453/10 Pereničová et Perenič, C-453/10, pt 28.

*celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public* »<sup>23</sup>. En d'autres termes, au niveau national, la transposition du caractère non contraignant sera une règle d'ordre public. La Cour a régulièrement qualifié la protection garantie par la directive de « question d'intérêt public » et rappelé que l'article 6 est une norme équivalente aux règles nationales d'ordre public<sup>24</sup>, démontrant ainsi l'importance de la règle européenne.

47. En garantissant, par l'article 6§1, que de telles clauses ne lient pas les consommateurs, le législateur européen compense le déséquilibre initial de la relation contractuelle. Même si les Etats membres restent libres dans la transposition du caractère non contraignant<sup>25</sup>, il s'agit d'une disposition qui opère de plein droit et qui pourrait être qualifiée de sanction à part entière.

## **§2 La qualification de « sanction » du caractère non contraignant**

48. La qualification de sanction du caractère non contraignant serait originale au regard de la place qui est réservée à la sanction, notamment civile, dans les directives harmonisant le droit de la consommation (A). Pourtant, lors de l'élaboration de la directive, la nullité avait premièrement été retenue, démontrant ainsi la volonté du législateur européen de créer une sanction (B).

### **A. La place de la sanction dans les directives de droit de la consommation**

49. Les directives harmonisant le droit de la consommation n'ont pas pour habitude de contenir des sanctions précises. Pour rappel, la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en lui laissant la compétence quant à la forme et aux moyens<sup>26</sup>. Aussi, les sanctions applicables aux violations des dispositions contenues dans les directives sont habituellement laissées à l'appréciation de l'Etat membre lors de la transposition. Les directives imposent en général simplement aux Etats membres de prévoir

---

<sup>23</sup> CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Carabito*, pt 44.

<sup>24</sup> Par exemple, CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*, pt 31; aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, point 38.

<sup>25</sup> Voir infra, n°92 et s.

<sup>26</sup> TFUE, art. 288, al. 3.

des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. En effet, de nombreuses directives contiennent la disposition suivante : « *Les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicable aux violations des dispositions (...). Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* »<sup>27</sup>.

50. Pourtant la directive de 1993 semble s'être détachée de cette habitude en imposant aux Etats membres le caractère non contraignant. Certes, les Etats peuvent choisir la sanction adéquate pour transposer le caractère non contraignant, mais l'effet s'impose aux Etats. Cette circonstance vient limiter leur choix dans la sanction, ou du moins les guider. Il est donc rare de voir dans les directives relatives aux contrats de consommation une « sanction » aussi concrète.

51. C'est seulement en 2019, soit 26 ans après la directive instaurant le caractère non contraignant des clauses abusives, que l'Union européenne a montré une volonté d'harmoniser les sanctions au sein des Etats membres. La directive du 27 novembre 2019, dite omnibus, énonce dans son cinquième considérant que « *les règles nationales actuelles en matière de sanctions varient considérablement dans l'ensemble de l'Union. (...). Dès lors, il convient d'améliorer les règles existantes des directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE relatives aux sanctions et, dans le même temps, d'introduire de nouvelles règles en la matière dans la directive 93/13/CEE* »<sup>28</sup>. Par cette directive de 2019, de nouvelles règles sur les sanctions sont introduites dans la directive 1993<sup>29</sup>.

52. Aussi, plus le temps passe et plus l'Union Européenne parfait son intervention dans les législations des Etats membres. Elle semble aujourd'hui prête à harmoniser les sanctions des Etats membres, puisque la directive Omnibus impose désormais aux Etats membres de prévoir certaines sanctions civiles, comme la réparation du préjudice subi par le consommateur, la réduction du prix ou la fin du contrat<sup>30</sup>. Il est possible de voir par les termes utilisés, notamment « fin du contrat », que l'Union européenne ne nomme pas une sanction précise, permettant alors aux Etats membres de transposer la sanction correspondante. Toutefois le choix d'une sanction effective, proportionnée et dissuasive ne leur revient plus, comme cela avait été le cas pour la directive de 1993. Elle leur retire ainsi

---

<sup>27</sup> Dir. 98/6/CE relative à l'indication des prix, art. 8 ; dir. 2000/31/CE relative au commerce électronique, art. 20 ; dir. 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales, art. 13 ; dir. 2011/83/CE relative aux droits des consommateurs, art. 24.

<sup>28</sup> Dir. 2019/2161 du 27 novembre 2019, dite omnibus, modifiant la directive 93/13/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.

<sup>29</sup> Voir infra n° 88.

<sup>30</sup> Dir. 2019/2161, Art. 3, 5).

toute marge de manœuvre quant aux moyens à prendre pour parvenir à l'objectif fixé. C'est d'ailleurs ce qu'avait remarqué Madame BERNHEIM-DESVAUX, lorsqu'elle évoquait le fait que « *le législateur français a largement usé de la marge de liberté laissée aux États membres par les différentes directives de protection des consommateurs relativement au choix des sanctions, liberté cependant remise en cause par le New Deal for consumers publié en avril 2018 par la Commission européenne* », proposition ayant donné lieu à la directive 2019/2161<sup>31</sup>.

53. Madame BENASSI, en charge de la politique des consommateurs à la direction générale de la Justice et des consommateurs au sein de la Commission européenne, a ainsi expliqué, concernant la partie sanction de la directive de 2019, que « *l'idée était de définir des critères qui soient les mêmes au niveau des États membres, afin de s'assurer que les sanctions soient proportionnelles aux offenses et qu'elles soient dissuasives* »<sup>32</sup>.

54. Aussi, la directive Omnibus pourrait se révéler être un tournant en ce qui concerne la réglementation des sanctions au sein de l'Union européenne. Avec cette directive Omnibus, c'est l'une des premières fois, que l'Union européenne s'intéresse autant aux sanctions prévues par les États membres.

55. Comme l'a souligné Monsieur LATINA, « *au sein même de l'harmonisation des contrats de consommation, c'est une approche verticale qui a été privilégiée, à l'exclusion d'une approche horizontale ou encore transversale* »<sup>33</sup>. Ce sont donc certains types de contrats qui ont été réglementés et certaines techniques contractuelles. Une telle approche ne pouvait permettre de prévoir des sanctions communes précises, d'autant plus qu'à l'origine une harmonisation minimale était préférée, le niveau de protection des consommateurs pouvait alors varier d'un État à l'autre. La directive de 1993, d'harmonisation minimale, présentait toutefois la particularité d'être d'harmonisation horizontale, puisqu'elle concerne tous les contrats de consommation. C'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles l'édiction du caractère non contraignant fut possible.

---

<sup>31</sup> Sabine BERNHEIM-DESVAUX, Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles, Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2019, étude 1.

<sup>32</sup> Intervention de Marie-Paule BENASSI à l'occasion du Colloque inaugural de la Chaire Droit de la consommation de CY Cergy Paris Université en septembre 2020.

<sup>33</sup> Mathis LATINA, Contrat : généralités, Rep. Civ., Mai 2017 (actualisation : Février 2020), pt 67.



56. La place de la sanction dans les directives harmonisant le droit de la consommation est donc relativement nouvelle et pourrait avoir vocation à se développer dans les années à venir. La directive de 1993 semble avoir été en avance sur son temps en ce qu'une « sanction » avait déjà été prévue. Au regard de son régime que nous analyserons par la suite, le caractère non contraignant pourrait effectivement être qualifié de sanction, par ailleurs, le législateur européen avait initialement retenu la nullité des clauses abusives.

### **B. L'article 6§1 lors de l'élaboration de la directive 93/13/CEE**

57. Lors de l'élaboration de la directive, la nullité avait d'abord été choisie, toutefois c'est le caractère non contraignant qui fut *in fine* retenu.

58. L'article 3 de la proposition de directive du 24 juillet 1990 prévoyait que « *si, malgré cette interdiction, des clauses abusives figurent dans de tels contrats, elles soient frappées de nullité, (...)* ». Dans la position commune du 22 septembre 1992, la nullité des clauses a ensuite été remplacée par la notion d'inopposabilité, estimée plus simple et pertinente puisque la diversité des sanctions au sein de l'Union européenne ne permettait pas d'exiger la nullité. La position commune indiquait ainsi que « *les clauses abusives sont, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, inopposables au consommateur* ». Cela permettait ainsi aux Etats membres de choisir le régime de sanction adéquat, pouvant alors s'agir de la nullité, l'inexistence ou l'inefficacité.

59. Après plus de deux ans, la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs fut adoptée et c'est finalement le caractère non contraignant qui fut consacré à l'article 6, les clauses abusives ne liant pas les consommateurs. Il ne s'agit pas d'une sanction précise, puisque les Etats choisissent toute de même la sanction adéquate lors de la transposition. Il s'agit plutôt de l'effet qui découlera de la présence de clauses abusives dans un contrat de consommation, effet qui est à garantir et qui s'impose aux Etats. Au regard de l'élaboration de cette disposition, il est possible de remarquer que l'édiction d'une sanction civile en droit européen n'est pas aisée et nécessite d'être traitée avec précaution eu égard aux différents régimes de sanctions civiles existants au sein de chaque Etat membre.

60. Bien que la nullité ait été remplacée dans la directive, la Commission européenne, dans ses orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive publiées en 2019, confirme pourtant que la nullité est la sanction la plus appropriée pour éradiquer les

clauses abusives des contrats de consommation, « *la manière la plus efficace de garantir la protection voulue semble être la nullité des clauses contractuelles abusives* »<sup>34</sup>. En revanche la Commission ne va pas dans les détails en indiquant le type de nullité requis pour répondre aux exigences européennes.

61. D'une importance cruciale pour la mise en œuvre de la directive, le caractère non contraignant présente une certaine efficacité dans la lutte contre les clauses abusives.

## **SECTION 2 : L'EFFICACITE DU CARACTERE NON CONTRAIGNANT DANS LA LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES**

62. Pour être efficace, une sanction doit être effective et dissuasive. Il apparaît que le caractère non contraignant présente de nombreux avantages garantissant l'effectivité de la sanction pour les consommateurs, effectivité renforcée par le rôle des associations de consommateurs. Le caractère non contraignant présenterait donc une efficacité du point de vue curatif (§1). Toutefois, le caractère dissuasif de la sanction auprès des professionnels semble être assez limité, voire absent, rendant alors la sanction des clauses abusives défailante sur ce point (§2).

### **§1 L'effectivité du caractère non contraignant du point de vue curatif**

63. Le caractère non contraignant présente de nombreux avantages venant garantir une protection effective du consommateur (A.). En outre, le caractère non contraignant bénéficie également aux associations de défense des consommateurs et son effet *erga omnes* permet aux actions en suppression des clauses abusives de renforcer l'efficacité de la lutte contre les clauses abusive (B.).

---

<sup>34</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, point 4.2.

## A. Les effets de la sanction garantissant une protection effective des consommateurs

64. Outre les conséquences procédurales, comme le relevé d'office et l'absence de prescription, qui viennent garantir l'efficacité du caractère non contraignant<sup>35</sup>, le caractère non contraignant des clauses abusives présente d'autres avantages pour les consommateurs.

65. Premièrement, le fait qu'une clause abusive ne lie pas le consommateur implique une absence de demande préalable visant à analyser le caractère abusif de la clause. C'est-à-dire que le consommateur, du fait du caractère non contraignant, n'a pas à faire une demande de contrôle du caractère abusif. La sanction s'applique de plein droit. Cet automatisme du caractère non contraignant ressort notamment d'un arrêt du 25 mars 2015 de la Cour de justice. Cette dernière a énoncé que « *L'article 6§1 doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle déclarée abusive doit être considérée, en principe, comme n'ayant jamais existé, de sorte qu'elle ne saurait avoir d'effet à l'égard du consommateur. Partant, la constatation judiciaire du caractère abusif d'une telle clause doit, en principe, avoir pour conséquence le rétablissement de la situation en droit et en fait du consommateur dans laquelle il se serait trouvé en l'absence de ladite clause* »<sup>36</sup>. Aussi, cela signifie que, théoriquement, la demande en constatation n'est pas obligatoire. Le consommateur pourrait très bien demander directement au professionnel de supprimer la clause abusive du contrat. Il pourrait également opposer directement au professionnel le caractère abusif de la clause afin qu'elle ne prenne pas effet. C'est en effet ce qu'avait confirmé plus tôt la Cour de justice dans un arrêt du 4 juin 2009 en indiquant au point 28, 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* »<sup>37</sup>. En pratique, cependant, une demande en constatation de la clause abusive sera souvent faite pour des questions de sécurité juridique.

66. Deuxièmement, comme le souligne la Commission européenne dans ses orientations d'interprétation de la directive, « *le caractère impératif de l'article 6§1, implique également que le consommateur ne peut, en principe, renoncer à cette protection ni par contrat [que la clause ait été négociée ou non] ni par déclaration unilatérale, que ce*

---

<sup>35</sup> Voir infra n°247 et s.

<sup>36</sup> CJUE, 25 mars 2015, aff. C-154/15, Gutiérrez Naranjo, point 61.

<sup>37</sup> CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM, pt 28.

*soit directement ou indirectement* »<sup>38</sup>. Il n'est donc pas possible de déroger au caractère non contraignant des clauses abusives.

67. Néanmoins, si le consommateur le souhaite, après avoir été mis au courant de l'existence d'une clause abusive, il peut décider de renoncer à la protection offerte par cette réglementation, de sorte que la clause produira effet malgré son caractère abusif. Ainsi le caractère non contraignant ne ferait plus effet par la volonté du consommateur. Cela est possible uniquement si le juge a informé au préalable le consommateur du caractère abusif de la clause<sup>39</sup>.

68. Également, la sanction est efficace en ce qu'elle prend effet dès la conclusion du contrat (*ex tunc*) et non à partir de la décision rendue (*ex nunc*). En effet, comme dit précédemment, la Cour a indiqué que la clause abusive est censée n'avoir jamais existée. Cela signifie donc la clause ne saurait pouvoir produire un quelconque effet. Aussi, le fait que la constatation du juge s'applique *ex tunc* permettra au consommateur de voir la clause privée d'effet rétroactivement et ainsi d'obtenir restitution, dans le cas où elle aurait déjà été exécutée<sup>40</sup>.

69. Enfin, notons, que la Cour de justice a récemment jugé 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<sup>41</sup>. Tout est fait pour éviter de dissuader le consommateur d'agir en justice.

70. La directive ainsi que la jurisprudence européenne ont veillé à ce que les effets du caractère non contraignant puissent également bénéficier aux associations de défense des consommateurs et leurs actions en justice dans l'intérêt collectif des consommateurs. La lutte contre les clauses abusives a ainsi été renforcée.

---

<sup>38</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, point 4.1.

<sup>39</sup> CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM, pt 33.

<sup>40</sup> Voir *infra* n°202.

<sup>41</sup> CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-224/19, Caixabank, pts 98 et 99.

## **B. L'effet *erga omnes* du caractère non contraignant favorisant les actions en suppression des clauses abusives**

71. Les actions des associations de défense des consommateurs bénéficient également des conséquences découlant du caractère non contraignant des clauses abusives. De nombreuses actions en suppression des clauses abusives ont pu être menées favorisant la lutte contre les clauses abusives. Il s'agit d'actions en défense de l'intérêt collectif des consommateurs, tous les consommateurs bénéficieront de ces actions menées par une association agréée. En droit français, l'article L.621-8 du Code de la consommation consacre ces actions.

72. En droit français, l'action en suppression des clauses abusives ou illicites a un effet *erga omnes*, à l'égard de tous. Elle vaut donc de manière générale pour tous les consommateurs ainsi que pour tous les contrats. La suppression des clauses abusives dans les contrats de consommation est ordonnée à la fois dans les contrats à venir, mais également dans les contrats d'ores et déjà conclus.

73. Cette dimension temporelle a longtemps posé des difficultés en droit français. L'ancien article L.421-6 du Code de la consommation consacrant l'action en suppression des clauses abusives disposait que « *Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat en cours ou non, proposé ou destiné au consommateur* ». Les juges français s'étaient alors demandés si l'action en cessation restait recevable quand, au jour où le juge statuait, l'usage de la clause prétendument abusive avait cessé. Autrement dit lorsque le professionnel avait modifié le contrat proposé aux consommateurs et supprimé la clause litigieuse. Dans un arrêt du 13 mars 1996, la première chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que l'action en suppression des clauses abusives était sans objet si la clause contestée n'est plus proposée au consommateur le jour où le juge statue, l'action de l'association étant donc irrecevable<sup>42</sup>. Les actions des associations étaient alors rendues désuètes et inefficaces puisqu'il suffisait aux professionnels de modifier les clauses litigieuses entre l'assignation et le jugement.

74. Cependant, cette jurisprudence s'est révélée contraire aux exigences européennes. La Cour de justice a en effet indiqué dans son arrêt *Invitel* qu'une clause abusive doit être

---

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 13 mars 1996, n°93-21.070.

totale­ment privée d'effet pour l'avenir mais aussi pour le passé dans les contrats dans lesquels elle figure<sup>43</sup>.

75. Comme l'explique la commission européenne, « *L'article 6, paragraphe 1, lu en liaison avec l'article 7, paragraphes 1 et 2, exige que les clauses de contrats déclarées abusives dans le cadre d'une action en cessation ne lient ni les consommateurs qui sont parties à la procédure en cessation ni ceux qui ont conclu avec le même professionnel un contrat auquel s'appliquent les mêmes clauses* »<sup>44</sup>. L'effet préventif mais également l'effet curatif de l'action en suppression est ainsi confirmé. Aussi, comprend-on l'importance du rôle des associations dans la lutte contre les clauses abusives et dans la mise en œuvre du caractère non contraignant.

76. Afin de rompre avec la jurisprudence française et de se mettre en conformité avec le droit européen, le texte français a tardivement été modifié par la loi du 6 août 2015, de sorte que désormais l'action en cessation reste recevable lorsque la clause n'est plus utilisée par le professionnel mais qu'elle figure toujours dans des contrats encore en cours<sup>45</sup>. Aujourd'hui, l'article L.621-8 prévoit que « *le juge peut ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ou dans tout contrat en cours d'exécution* ».

77. Le caractère non contraignant pourrait être considéré comme étant une sanction efficace. Malheureusement, le caractère dissuasif de la sanction n'est pas à la hauteur de l'effectivité de la sanction, puisqu'encore trop de professionnels recourent à des clauses abusives.

## **§2 L'absence d'efficacité du caractère dissuasif**

78. Il est d'abord possible de constater l'absence d'effet dissuasif de la perte d'un avantage pour le professionnel (A), à cela s'ajoute l'insuffisance des sanctions complémentaires (B) rendant alors le caractère dissuasif de la sanction très limité, voire inexistant. C'est d'ailleurs ce qui a récemment poussé le législateur européen à intervenir en la matière.

---

<sup>43</sup> CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, Invitel, pt 38.

<sup>44</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, point 6.

<sup>45</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

## A. L'absence d'effet dissuasif de la perte d'un avantage pour le professionnel

79. Le risque découlant du caractère non contraignant pour le professionnel est de voir la clause jugée abusive privée d'effet, tandis que le contrat subsistera sans cette dernière, conformément à l'article 6.

80. Ce risque peut parfois impacter le professionnel, c'est notamment le cas lorsqu'une clause pénale est déclarée abusive. La clause étant privée d'effet, le professionnel ne pourra obtenir la sanction pécuniaire initialement prévue au cas où l'une des parties n'exécuterait pas ses obligations contractuelles. Toutefois, ce risque et cet effet (ou en l'occurrence, l'absence d'effet) ont sur le professionnel un impact relativement faible. Dans la majeure partie des cas, la disparition de l'avantage, qui aurait résulté de l'application de la clause abusive, n'affectera que très peu le professionnel. D'autant que, bien que théoriquement facultative, la privation d'effet de la clause litigieuse est en pratique subordonnée à une action en justice. Si le consommateur ou une association de défense des consommateurs n'agit pas en justice, la clause, pourtant abusive, produira effet.

81. De la même manière, lorsqu'il s'agit d'une action en suppression des clauses abusives, le risque encouru par le professionnel est de devoir remplacer la clause litigieuse pour les contrats futurs et de voir des clauses pour les contrats en cours annulées. Cela peut être dissuasif lorsqu'un grand nombre de contrats sont concernés, cependant la plupart du temps, l'impact sur le professionnel ne sera pas disproportionné et suffisamment dissuasif. Ainsi la sanction des clauses abusives n'apparaît pas être assez dissuasive pour convaincre le professionnel de cesser d'intégrer des clauses abusives dans ses contrats.

82. En 2000, soit seulement 7 ans après l'édition de la directive, la Commission européenne constatait déjà dans son rapport sur l'application de la directive concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation, ce manque d'effet dissuasif. Elle indiquait que « *malgré les mécanismes juridiques créés pour promouvoir l'élimination des clauses abusives dans les contrats proposés aux consommateurs, celles-ci sont toujours utilisées à grande échelle* »<sup>46</sup>. Elle poursuivait en déclarant que le caractère non contraignant de la clause n'est 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*

---

<sup>46</sup> Rapport sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, COM/2000/0248 final.

*peut-être en premier lieu, de l'information et de l'éducation du consommateur dans ces domaines* ». Autrement dit, bien que théoriquement efficace, en pratique l'effectivité de la sanction dépend de l'état de connaissance et de l'implication du consommateur. Le professionnel, sachant que le consommateur est le plus souvent ignorant de ses droits, ne sera que trop peu dissuadé d'utiliser de telles clauses.

83. L'effet dissuasif de la disposition 6§1 sur le professionnel semble pour le moins limité. C'est pourquoi des sanctions complémentaires peuvent parfois accompagner le caractère non contraignant des clauses abusives.

## **B. L'insuffisance des sanctions complémentaires**

84. En vertu de l'article 8 de la directive, les Etats membres ont la possibilité d'ajouter des sanctions complémentaires au caractère non contraignant des clauses abusives s'ils souhaitent augmenter la protection des consommateurs.

85. En droit français, depuis la loi Hamon de 2014, la présence d'une ou plusieurs clauses abusives dans des contrats est passible d'une amende administrative ne pouvant excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale, lorsque ces clauses font parties des listes réputant certains types de clauses abusifs<sup>47</sup>. On ne peut que regretter cette insertion tardive.

86. En ce qui concerne les actions des associations de défense des consommateurs en droit français, lorsqu'il s'agit d'une action en cessation d'illicite, des sanctions complémentaires peuvent accompagner la suppression des clauses. Le juge peut ordonner au professionnel d'informer à ses frais les consommateurs concernés par la suppression des clauses aux contrats en cours par tous moyens appropriés. Également, la Cour de cassation a admis l'octroi de dommages et intérêts pour réparer le dommage subi par l'intérêt collectif des consommateurs<sup>48</sup>. Il est donc possible de combiner la suppression de clauses abusives avec l'octroi de dommages et intérêts. Enfin, en vertu de l'article L.621-11 du Code de la consommation, la partie perdante peut être condamnée à payer des mesures de publicité.

87. Le droit français n'a pas prévu d'autres sanctions, ce qui peut être regretté.

---

<sup>47</sup> C. conso., art. L.241-2.

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 avril 2017, n°15-18.970.



88. Toutefois, du fait de la directive 2019/2161, une évolution des sanctions en matière de clauses abusives est à attendre en droit interne. En effet, ladite directive vient modifier la directive 93/13/CEE en insérant un nouvel article. Celui-ci impose aux Etats membres de déterminer un régime effectif, proportionné et dissuasif des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées conformément à la directive. Ainsi les Etats membres doivent, en plus du caractère non contraignant veiller à instaurer des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. La nouveauté principale issue de la directive de 2019 est qu'elle ajoute des critères pour élaborer ces sanctions. En effet, l'article ajoute que « *Les États membres veillent à ce que les critères suivants, non exhaustifs et indicatifs, soient pris en considération pour l'imposition de sanctions, le cas échéant :*

- a. La nature, la gravité, l'ampleur et la durée de l'infraction ;*
- b. Toute mesure prise par le professionnel pour atténuer ou réparer les dommages subis par les consommateurs ;*
- c. Les éventuelles infractions antérieures commises par le professionnel ;*
- d. Les avantages financiers obtenus ou les pertes évitées par le professionnel du fait de l'infraction, si les données concernées sont disponibles ;*
- e. Les sanctions infligées au professionnel pour la même infraction dans d'autres États membres dans les affaires transfrontalières ;*
- f. Toute autre circonstances aggravantes ou atténuante applicable au cas concerné. »*

89. Ces sanctions complémentaires ont pour objectif de dissuader davantage les comportements illicites des professionnels. Comme l'a expliqué Madame BENASSI, la proposition New Deal for consumers de 2018, ayant donné lieu à la directive de 2019, visait « *à mettre en place un système de sanction beaucoup plus dissuasif. Le taux de non-conformité sur les années reste assez élevé quel que soit le type de problème qu'on examine, ce qui montre qu'il y a un problème dans la mise en œuvre des droits des consommateurs par les entreprises et que le marché ne s'équilibre pas. Il est donc très important pour les entreprises que les règles soient correctement mises en œuvre dans l'Union européenne. La directive a donc mis à jour certaines directives, notamment la directive relative aux clauses abusives* »<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Intervention de Marie-Paule BENASSI à l'occasion du Colloque inaugural de la Chaire Droit de la consommation, septembre 2020.

90. Il faudra donc attendre la transposition de la directive, pour prendre connaissance des nouvelles sanctions qui seront mises en œuvre afin de renforcer la lutte contre les clauses abusives. Il n'y a qu'à espérer que les professionnels soient enfin dissuadés de recourir à des clauses abusives.

91. Que des sanctions complémentaires contre les clauses abusives soient nécessaires ou non pour renforcer l'effet dissuasif sur les professionnels, cela n'enlève rien au fait que la sanction, qu'est le caractère non contraignant, présente une pertinence et une qualité certaine. Cette sanction, une fois mise en œuvre, permet de protéger efficacement le consommateur. Cela reste indéniable. Il a donc fallu aux Etats membres choisir une sanction adéquate transposant tous les effets du caractère non contraignant. Différents concepts ont été choisis.

## **CHAPITRE 2 : L'ANALYSE DES TRANSPOSITIONS DU** **CARACTERE NON CONTRAIGNANT**

92. Afin de mieux comprendre la portée de l'article 6§1 de la directive 93/13/CE, il paraît nécessaire de devoir analyser les transpositions faites au sein des Etats membres. Diverses sanctions ont pu être choisies pour transposer le caractère non contraignant des clauses abusives. La France, qui nous intéresse particulièrement, a choisi de maintenir la sanction initiale du réputé non écrit. Quant aux autres Etats membres, différentes sanctions ont pu être retenues, la nullité de la clause ayant souvent été privilégiée. Il s'agira d'analyser d'une part le choix du réputé non écrit en droit français (Section 1) et d'autre part les sanctions choisies par les autres Etats membres (Section 2).

## **SECTION 1 : LE CHOIX DU « REPUTE NON ECRIT » EN DROIT FRANÇAIS**

93. Il est intéressant d'analyser la notion de réputé non écrit afin de pouvoir appréhender la particularité de la sanction créée en droit français (§1). Il est également important d'opérer la distinction entre le réputé non écrit et la nullité, démontrant ainsi l'autonomie de la sanction à la fois dans sa définition et son régime (§2).

### **§ 1 Une notion existant en droit français avant la transposition**

94. Avant de s'intéresser à l'objectif poursuivi par la notion (B.), il s'agira de s'attarder sur l'utilisation de cette notion en droit français (A.).

#### **A. L'utilisation de la notion**

Le réputé non écrit n'est pas une sanction nouvelle, mais l'on peut remarquer une utilisation beaucoup plus fréquente du réputé non écrit par le législateur (1.), notamment en droit de la consommation depuis la réglementation des clauses abusives (2.).

##### **1- En dehors du droit de la consommation**

95. La sanction du réputé non écrit est aujourd'hui assez connue des juristes, ce n'était pourtant pas le cas il y a encore quelques décennies où l'utilisation du réputé non écrit se faisait rare.

96. Le « réputé non écrit » existe depuis 1804 et est donc loin d'être une notion nouvelle. Néanmoins, la notion était utilisée uniquement à l'article 900 du code civil, celui-ci disposant que « *dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ». Ce n'est que bien plus tard, dans les années 1940, que le législateur a commencé à s'intéresser à cette sanction et à lui donner de l'importance en l'utilisant dans quelques textes. Puis le législateur a semblé montrer un réel engouement pour ce réputé non écrit, puisque, comme le souligne Madame BAILLOD, depuis la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, « *chaque réforme touchant aux actes juridiques*

*comporte son lot de clauses réputées non écrites* »<sup>50</sup>. L'auteur évoque ainsi une « *tendance à la prolifération des clauses réputées non écrites* »<sup>51</sup>. Aussi, que ce soit dans le code civil, le code de commerce, le code du travail, le code de la consommation et autres codes, tous les domaines contractuels contiennent des dispositions réputant non écrites certaines clauses.

97. Aujourd'hui très présent dans les codes, le réputé non écrit fait partie des sanctions fréquemment utilisées par le législateur, le droit de la consommation n'étant pas épargné par cette tendance.

## 2- En droit de la consommation

98. Présent au sein du code de la consommation, c'est notamment la sanction qui a été réservée par le législateur pour les contrats de consommation contenant des clauses abusives. Avant l'édiction d'une réglementation des clauses abusives au niveau européen, les clauses abusives faisaient déjà l'objet d'une réglementation en droit français et ce depuis la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Le législateur avait alors prévu que ces clauses abusives seraient réputées non écrites. En 1995, lors de la transposition française de la directive 93/13/CE, le législateur a estimé que la sanction du réputé non écrit répondait à l'exigence posée par l'article 6§1 et qu'elle ne nécessitait pas à ce titre d'être modifiée<sup>52</sup>.

99. Aujourd'hui la sanction des clauses abusives figure à l'article L.241-1 du Code de la consommation, lequel dispose en effet que « les clauses abusives sont réputées non écrites ».

100. L'utilisation plus fréquente de la notion s'explique par une volonté de mener une politique de maintien du contrat, ce qui en droit de la consommation, plus qu'ailleurs, est une nécessité si l'on souhaite garantir une certaine protection des consommateurs.

---

<sup>50</sup> Raymonde BAILLOD, A propos des clauses réputées non écrites, Mélanges dédiés à Louis Boyer, Presses de l'université des sciences sociales, 1996, p. 16, n°2.

<sup>51</sup> R. BAILLOD, Préc., p. 15, n°1.

<sup>52</sup> Loi française de transposition 95-96 du 1er février 1995.

## B. L'objectif poursuivi par la notion

101. Le choix du réputé non écrit comme sanction se justifie par la volonté de sauvegarder le contrat et donc d'éviter la nullité du contrat. L'objectif principal poursuivi par le réputé non écrit est donc le maintien du contrat. C'est notamment ce qui ressort de l'article 1184 du Code civil qui dispose que « *le contrat est maintenu lorsque la loi réputé la clause non écrite* ». Le réputé non écrit est en effet un moyen de maintenir le contrat tout en lui supprimant son caractère illicite et en le rendant conforme à la loi. Certains auteurs parlent de mise en conformité de l'acte juridique, notamment Monsieur FAGES parle d'un « *contrat auto-guérisable* »<sup>53</sup>. Le réputé non écrit permet la survie de l'acte et plus précisément permet de le régulariser dès l'origine. Comme le souligne Madame GAUDEMET dans sa thèse, « *ainsi entendue, cette sanction veut, par principe et par nature, le maintien de l'acte juridique, conforme aux exigences de la légalité* »<sup>54</sup>. L'auteur ajoute « *l'acte est maintenu, purgé de son irrégularité* »<sup>55</sup>. Ces propos permettent de comprendre les raisons du réputé non écrit. La sanction garantit le sauvetage du contrat et garantit que le contrat puisse être exécuté malgré la disparition d'une clause. Le droit français favorise déjà depuis quelques années le maintien et la sauvegarde du contrat sur le fondement de la protection d'un ordre public économique. L'objectif est en effet de maintenir la relation contractuelle souhaitée par les parties. Pour cela, il existe différents mécanismes juridiques, tels que la confirmation, la régularisation ou encore la nullité partielle et la réduction d'une clause venant permettre la modification nécessaire du contenu du contrat. Le réputé non écrit s'ajoute donc à ces mécanismes et permet la continuité de la relation contractuelle. Cette volonté de sauver le contrat ressort de manière générale, même en dehors des clauses abusives.

102. Le choix du réputé non écrit s'explique également de la nécessité de prévenir des clauses qui violeraient des règles impératives. En effet le plus souvent, sont réputées non écrites, les clauses qui violent l'ordre public. L'originalité de la sanction faisant que l'illicéité disparaît dès l'origine permet de garantir le respect des normes d'ordre public.

103. Concernant la disparition des clauses abusives dans les contrats de consommation, cette sanction apparaît comme l'une des meilleures protections du consommateur, puisque le consommateur n'a généralement pas intérêt à voir le contrat annulé dans son ensemble<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Bertrand FAGES, Clause nulle ou clause réputée non écrite ?, RTD Civ., 2008, p.292.

<sup>54</sup> Sophie GAUDEMET, La clause réputée non écrite, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, p. 12, n°22.

<sup>55</sup> S. GAUDEMET, préc., p. 59, n° 106.

<sup>56</sup> Yves PICOD, Droit de la consommation, 5e éd., 2020, coll. Sirey Université, Dalloz, n° 335.

104. Le réputé non écrit présente une certaine originalité et s'analyse comme une sanction autonome, qui n'est pas à confondre avec d'autres sanctions telles que la nullité.

## §2 Une sanction autonome

105. Le nouvel intérêt du législateur pour le réputé non écrit n'est pas anodin et s'explique par le fait que le réputé non écrit se révèle être une sanction originale (A.), qui se distingue par ailleurs de la nullité (B).

### A. Originalité de la sanction

106. La sanction qu'est le réputé non écrit, est originale à fois dans sa définition (1.) et dans son régime (2.).

#### 1- Définition du réputé non écrit

107. Si l'on s'intéresse dans un premier temps à l'étymologie de l'expression « clause réputée non écrite », il semble facile de définir la notion. Cela signifie que la clause est supposée ne pas avoir été écrite. L'existence de la clause est déniée et celle-ci est automatiquement effacée du contrat. Le contrat est considéré avoir été conclu sans la clause litigieuse. Ceci implique qu'aucune partie, ni un tiers, ni un juge n'est censé pouvoir lire cette clause puisqu'elle est censée n'avoir jamais été écrite. Nul n'est censé pouvoir la lire.

108. Aussi, si l'on regarde dans un second temps la définition du réputé non écrite fournie dans le Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, il est possible de trouver « *se dit dans un acte juridique, d'une clause illicite dont la nullité n'emporte pas celle de l'acte qui la contient, la clause (seule annulée) étant censée n'avoir jamais existé* »<sup>57</sup>.

109. Pourtant comprendre la notion et son fonctionnement peut s'avérer complexe car même si la clause est censée n'avoir jamais existé, elle existe pourtant. Pour expliquer cela, il faut alors avoir recours à la fiction juridique. Dans un article, Monsieur KULLMANN indique que « *réputer une clause non écrite correspond à une technique qui est celle de la*

---

<sup>57</sup> Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, coll. Quadriga, 7e éd., 2005, « Non écrit ».

*fiction : la clause réellement écrite n'est pas écrite. Elle est inexistante* »<sup>58</sup>. En réalité, une clause réputée non écrite est effectivement lisible, mais du fait de son caractère illicite, elle est dite non écrite à l'instant même où elle est écrite. Tout se passe comme si, dès l'origine, à peine écrite sur le papier, la clause illicite est déjà effacée par la fiction juridique. Ce qui signifie concrètement que la clause n'étant pas « écrite », elle ne peut produire d'effet. Il est possible de parler d'éradication ou d'anéantissement de la clause.

110. A défaut de définition légale, la jurisprudence a participé à la définition de la notion et à l'élaboration du régime spécifique du réputé non écrit. Dans un arrêt du 9 mars 1988, la troisième chambre civile avait eu l'occasion de se prononcer sur une demande en annulation partielle d'un règlement de copropriété et a pu fournir une ébauche de définition en énonçant « *qu'une clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé* »<sup>59</sup>. Ainsi les textes réputant non écrite une clause lui refusent toute réalité. Dans un autre arrêt, la cour de cassation avait également affirmé qu'« *une clause réputée non écrite (est) censée n'avoir jamais été rédigé* »<sup>60</sup>. Cela confirme que la clause ne figure pas au contrat et ne peut faire l'objet d'aucune lecture et d'aucune application. Par ces expressions, la Cour de cassation nie que les parties aient pu rédiger la clause litigieuse dans le contrat et refuse donc de lui accorder une quelconque valeur juridique.

111. Un autre arrêt important, permettant de comprendre le procédé du réputé non écrit, indique que « *les clauses réputées non écrites par l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965 étant non venues par le seul effet de la loi (...)* »<sup>61</sup>. Par cet arrêt, on comprend que quand la loi répute non écrite une clause car son contenu est estimé intolérable, si un contrat contient une telle clause, elle sera « non venue par le seul effet de la loi », autrement dit, elle disparaîtra du contrat par elle-même en raison de son caractère illicite, sans la nécessité d'une intervention.

112. En outre, les parties sont présumées n'avoir jamais réalisé un accord de volonté sur cette clause et son contenu. Comme le souligne Monsieur KULLMANN, « *c'est ici que le mensonge établi par la fiction légale prend tout son éclat : jamais les contractants ne pourront prétendre avoir eu l'intention, à quelque moment que ce soit, d'intégrer la*

---

<sup>58</sup> Jérôme KULLMANN, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D., 1993, p. 59.

<sup>59</sup> Cass. 3e civ., 9 mars 1988, n°86-17.869.

<sup>60</sup> Cass. 3e civ., 2 déc. 1987, n°86-10.793.

<sup>61</sup> Cass. 3e civ., 1e avr. 1987, n°85-15.010.



*stipulation dans leur accord.* », et ainsi jamais les parties ne pourront se prévaloir de cette clause<sup>62</sup>.

113. Ce qu'il faut comprendre est qu'en réalité, les parties ont bien échangé un consentement, elles se sont bien mises d'accord sur le contenu de la clause et cette dernière figure bien sur le contrat. Cependant, par le jeu de la fiction, tout cela disparaît et jamais la clause ne prendra effet. Comme l'a précisé un arrêt de cour d'appel dans une demande visant à faire déclarer réputé non écrite une clause abusive, « *les clauses abusives sont 'réputées non écrites', c'est-à-dire qu'elles ne sont pas opposables au professionnel ou au consommateur* »<sup>63</sup>. L'inopposabilité est d'ailleurs une sanction utilisée pour sanctionner l'absence de consentement, de sorte que l'acte ou la clause inopposable n'affectera pas les relations entre les parties.

114. Le réputé non écrit apparaît ainsi comme une sanction originale. Elle l'est d'autant plus par son régime juridique qui présente de nombreuses particularités.

## 2- Régime du réputé non écrit

115. Le régime du réputé non écrit est particulier en ce qui concerne l'objet de la demande, l'office du juge et la prescription. Ces deux dernières caractéristiques feront l'objet de développements ultérieurs lors de l'analyse des effets processuels découlant du caractère non contraignant des clauses abusives<sup>64</sup>.

116. En ce qui concerne l'objet de la demande, l'originalité réside dans le fait qu'il s'agit d'une demande de constatation du réputé non écrit et non d'une demande de réputé non écrit. Contrairement à la nullité où le juge est saisi d'une demande de nullité et doit se prononcer sur l'admission de la nullité ou non, pour le réputé non écrit, le juge constate que la clause est réputée non écrite, il constate l'inexistence. Il s'agit alors d'une action en demande de constatation.

117. Cela signifie que la sanction du réputé non écrit opère et produit ses effets d'elle-même. Il s'agit d'une sanction de plein droit. Cela a pour conséquence que le recours au juge n'est pas obligatoire pour que la clause soit réputée non écrite. Cela paraît logique puisqu'en

---

<sup>62</sup> Jérôme KULLMANN, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D., 1993, p. 59.

<sup>63</sup> Versailles, 26 mai 2016, n° 15/07528.

<sup>64</sup> Voir infra n°247 et s.

théorie la clause n'existe plus dès son écriture, il n'y a donc pas à demander au juge d'intervenir et de la réputer non écrite, puisqu'elle n'existe déjà plus. Les clauses réputées non écrites n'ont pas de valeur contraignante.

118. C'est pourquoi une simple constatation de la part du juge suffit. Toutefois, la saisine du juge, bien qu'accessoire et optionnelle, est en pratique souvent effectuée. En effet, le juge sera tout de même saisi afin de garantir que la clause soit effectivement privée d'effet.

119. Cette sanction de plein droit peut être différenciée de la nullité de droit français qui est une nullité judiciaire et qui ne peut exister que si le juge la prononce. Depuis la réforme du droit des contrats en 2016, la nullité conventionnelle a été admise et consiste pour les parties à constater d'un commun accord la nullité<sup>65</sup>. Le régime de cette nullité conventionnelle se trouve à l'article 1182 du Code civil. Toutefois de manière générale, la nullité requiert nécessairement l'intervention du juge. Bien qu'annulable, l'acte ne le sera que si le juge est saisi d'une action en nullité. Le législateur français n'a pas fait le choix de reconnaître une nullité de plein droit, ce qui a été désolé par certains auteurs<sup>66</sup>.

120. Par ailleurs, c'est en cela que l'on peut voir la pertinence de la sanction choisie en matière de clauses abusives. Le droit européen impose que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, ce qui ne serait pas le cas si l'on avait choisi la nullité judiciaire comme sanction. L'objectif fixé par la directive « *ne saurait être atteint par la technique française des nullités aujourd'hui admise* »<sup>67</sup>. Enfin, la même auteur écrit que « *Son caractère automatique est finalement l'un des principaux éléments de cette efficacité* »<sup>68</sup>. Ainsi, toute l'originalité de la sanction réside dans son automaticité, ce qui en fait un atout majeur.

121. Etant donné ses atouts, il est arrivé que des juges soulèvent le caractère réputé non écrit d'une clause alors même que la loi restait silencieuse à ce sujet. Néanmoins, certains sont d'avis que, au vu des conséquences procédurales notamment, le juge ne devrait pouvoir réputer non écrit uniquement pour les clauses où une telle sanction est prévue par la loi. La sanction devrait alors être exclusivement législative<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Code civil, art. 1178.

<sup>66</sup> Sophie GAUDEMET, La clause réputée non écrite, préf. Y. Lequette, *Economica*, 2006, p. 73, n° 129 : « *sanction qui mérite aujourd'hui de retrouver une place en droit français, à côté de celle de la nullité judiciaire* ».

<sup>67</sup> S. GAUDEMET, *Prec.*, p. 77, n° 136.

<sup>68</sup> S. GAUDEMET, *préc.*, p. 84, n° 148.

<sup>69</sup> Raymonde BAILLOD, A propos des clauses réputées non écrites, *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales, 1996, p. 16, n°3.

122. Il faut donc retenir que le réputé non écrit est une sanction qui opère de plein droit. Souvent confondue, son originalité la distingue pourtant de la nullité.

## **B. Distinction avec la nullité**

123. Pour beaucoup, la distinction entre le réputé non écrit et la nullité n'était pas une évidence. Longtemps certains auteurs se sont désintéressés de cette sanction au motif qu'elle se confondait avec la nullité. D'autres en revanche, se sont attachés à distinguer les deux sanctions. Il y a donc eu pendant longtemps une controverse, pas seulement doctrinale, quant à la question de savoir si les deux sanctions sont analogues ou distinctes (1.). Cette controverse semble désormais être tranchée (2.).

### 1- La controverse

124. Les sanctions en droit commun des contrats peuvent être variées, et parfois la différence entre deux sanctions peut être subtile. C'est notamment le cas du réputé non écrit et de la nullité. En effet, autre que le réputé non écrit, la nullité vient également sanctionner certaines clauses. La doctrine s'est demandée si le réputé non écrit constituait une sanction distincte de la nullité.

125. En effet, les deux sanctions se ressemblent, car même si avec le réputé non écrit, la clause est censée n'avoir jamais existé tandis qu'avec la nullité la clause est annulée, l'effet est similaire : la clause est supprimée, effacée du contrat. De plus, même si l'action en justice n'est théoriquement pas nécessaire pour le réputé non écrit, si elle n'est pas faite en pratique, la clause s'appliquera malgré son inexistence théorique. En conclusion, une action en justice sera *in fine* nécessaire. Que la clause soit nulle ou réputée non écrite, cela reviendrait donc au même<sup>70</sup>.

126. Ainsi, de nombreux auteurs soutenaient que différencier le réputé non écrit de la nullité relevait de la subtilité<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> En ce sens, Yves PICOD, Nullité, RTD Civ., Juillet 2019 : « *En réalité, si une action en nullité n'est ici pas nécessaire, la clause demeure tant qu'elle n'a pas été expressément déclarée non écrite par une décision de justice* ».

<sup>71</sup> En ce sens, Y. PICOD, Droit de la consommation, 5e éd., 2020, coll. Sirey Université, Dalloz, n° 335 : « *Cette sanction peut être assimilée à une nullité partielle, malgré les réticences d'une partie de la doctrine s'épuisant à distinguer inexistence et nullité.* » ; J. Calais-Auloy et H. Temple, Droit de la consommation, 9e éd., Dalloz, 2015, n° 176 : « *Pour nous, une clause réputée non écrite est une clause nulle* ».

127. Certains arrêts ont également contribué à l'incertitude sur la distinction des sanctions. Les magistrats ont pu parfois juger une clause nulle alors que le texte prévoyait expressément le réputé non écrit, ou inversement réputer non écrite une clause qui aurait dû être nulle.

128. C'est par exemple dans un arrêt du 4 février 2016, que la Cour de cassation a rejeté l'appel faisant grief à l'arrêt de juger une clause abusive et d'en prononcer la nullité, en estimant que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision et que la clause litigieuse « constituait une « clause abusive, qui devait être déclarée nulle et de nul effet »<sup>72</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a clairement confondu les deux sanctions, leur retirant leurs particularités.

129. Une Cour d'appel avait quant à elle violé l'article L. 145-15 du code de commerce, en réputant non écrite une clause ayant pour effet de faire échec au droit au renouvellement alors que ce texte prévoyait expressément à titre de sanction, la nullité de la clause<sup>73</sup>.

130. A l'inverse, d'autres auteurs ont maintenu l'idée que les deux sanctions étaient distinctes l'une de l'autre<sup>74</sup>. Monsieur KULLMANN définit la nullité comme étant « *une technique juridique d'anéantissement d'un acte à la suite de sa critique, l'annulation devant conduire à la destruction de l'apparence et des effets induits par l'acte condamné* »<sup>75</sup>. Dans son article, l'auteur admet que nullité et éradication participent de la même intention : supprimer une stipulation contractuelle contraire à une norme impérative. Cependant, il soutient également les deux sanctions sont différentes. L'une a bien existé et a été contestée ce qui a alors entraîné sa nullité et sa disparition du contrat. Tandis que l'existence de l'autre est niée juridiquement ce qui justifie qu'elle ne produit aucun effet. C'est l'existence (ou l'inexistence) de la clause qui va distinguer ces sanctions et surtout qui va justifier le régime différent qui leur ait rattaché.

131. Distinguer ces notions est important car le régime est différent. Par exemple, la nullité requiert une action en nullité, tandis que le réputé non écrit ne requiert pas nécessairement une action<sup>76</sup>. Également, l'action en nullité est soumise à la prescription

---

<sup>72</sup> Cass. 1<sup>er</sup> Civ., 4 févr. 2016, n°14-29.347.

<sup>73</sup> Cour d'appel Paris, 21 juin 2006.

<sup>74</sup> H. BARBIER, L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ?, RTD Civ., 2019 p.334 : « *L'action en réputé non écrit n'est pas une action en nullité* » ; également en ce sens : J. KULLMANN et S. GAUDEMET.

<sup>75</sup> Jérôme KULLMANN, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D., 1993, p. 59.

<sup>76</sup> Voir supra n°116 et 117.

quinquennale, tandis que l'action en constatation du réputé non écrit est dénuée de prescription<sup>77</sup>.

132. Ainsi, une partie de la doctrine, soutenue par quelques jurisprudences, a pu maintenir qu'il n'y avait pas de réelle distinction entre les sanctions. Mais comme indiqué, une autre partie de la doctrine luttait pour cette distinction. Finalement, le débat semble avoir été définitivement tranché.

## 2- La fin de la controverse

133. D'abord, le législateur a semblé faire petit à petit une réelle distinction entre les deux notions. Premièrement, l'article 1844-10 du Code civil opère une distinction entre les notions et montre ainsi qu'elles ne sont pas équivalentes<sup>78</sup>. Ensuite, le législateur a modifié en 2014 l'article L.145-15 du Code de commerce en remplaçant la nullité de la clause par le réputé non écrit de la clause. Enfin, cette distinction ressort l'article 1184 du Code civil, réformé récemment en 2016, où il est énoncé que la nullité partielle peut éventuellement entraîner la fin du contrat tandis que lorsque que la clause est réputée non écrite, le contrat est maintenu. Le législateur confirme donc la différence des notions.

134. Ensuite, c'est la jurisprudence qui a participé à la distinction des sanctions. Malgré les quelques arrêts précités, les juges ont marqué la différence des sanctions, en jugeant par exemple les clauses « réputées non écrites et non 'nulles' »<sup>79</sup>. Autre exemple, la Cour de cassation a eu l'occasion de casser un arrêt de Cour d'appel pour avoir constaté le réputé non écrit alors que la sanction légale était la nullité<sup>80</sup>. Dans cet arrêt, les juges avaient refusé d'accepter l'interprétation faite par la cour d'appel selon laquelle « une clause illicite insérée dans un bail commercial n'a pas à être attaquée par voie d'action en nullité dès lors que son illicéité s'impose aux parties au cours de l'exécution du bail et que s'y substitue une disposition légale, à savoir l'article L. 145-10 du code de commerce ; que la technique juridique applicable en pareil cas consiste à déclarer ladite clause non écrite ». Cela montre que le juge n'est libre de requalifier la nullité expressément prévue par la loi en clause

---

<sup>77</sup> Voir infra n°305.

<sup>78</sup> Code civil, art. 1844-10 : « toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la sanction n'est pas la nullité, est réputée non écrite »

<sup>79</sup> Versailles, 26 mai 2016, n° 15/07528.

<sup>80</sup> Cass., 3e civ., 23 janvier 2008, n° 06-19.129.

réputée non écrite afin de profiter du régime plus avantageux du réputé non écrit. Par ailleurs, comme le souligne Monsieur ROUQUET, dans cet arrêt, « *la Cour de cassation semble prendre le parti du courant doctrinal ne préconisant le recours à la fiction de la clause non écrite que lorsqu'elle est prévue par le législateur* »<sup>81</sup>. Outre cet apport, l'arrêt illustre bien que la nullité et le réputé non écrit ne sont pas des sanctions analogues et qu'elles ne peuvent être confondues.

135. C'est finalement l'arrêt du 13 mars 2019 qui est venu mettre un terme à ce débat en opérant une distinction claire et explicite entre la nullité et le réputé non écrit. En effet la première chambre civile a énoncé que « *la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analyse pas en une demande en nullité* »<sup>82</sup>. La Cour consacre l'autonomie du réputé non écrit et lui reconnaît un régime distinct de celui de la nullité. L'arrêt de 2019 opérant explicitement cette distinction vient par ailleurs d'être confirmée dans un récent arrêt du 8 avril 2021<sup>83</sup>.

136. Les opposants à cette idée ont donc été forcés de reconnaître que nullité et réputé non écrit sont deux mécanismes différents venant sanctionner le contrat<sup>84</sup>.

137. Reconnaître cette distinction permet donc de lui appliquer un régime propre. Aussi, le droit français a-t-il fait le choix de réputer non écrite toute clause abusive figurant dans des contrats de consommation. Comme il sera analysé, cette sanction semble être en conformité avec le droit de l'Union Européenne et ses exigences découlant de la directive 93/13/CE.

138. Réputer non écrite une clause abusive n'est pas le seul moyen de traduire le caractère non contraignant imposé par l'Union européenne, aussi les Etats membres ont-ils fait différents choix de sanctions.

---

<sup>81</sup> Y. ROUQUET, Clause contraire au droit au renouvellement : sanction par la nullité, D., 2008, p. 349.

<sup>82</sup> Cass., 1<sup>re</sup> Civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169.

<sup>83</sup> Cass. Com., 8 avril 2021, n°19-17.997.

<sup>84</sup> J. Julien, Droit de la consommation, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Précis Domat », 2018, n° 236 : « (...) *Le réputé non écrit n'est donc pas une forme de nullité partielle (...)* » ; également Y. PICOD, Droit de la consommation, 5<sup>e</sup> éd., 2020, coll. Sirey Université, Dalloz, n° 335.

## **SECTION 2 : LES SANCTIONS CHOISIES PAR LES AUTRES ÉTATS MEMBRES**

139. Il sera intéressant d'analyser premièrement la législation allemande, qui comme la législation française, a fortement inspiré les législateurs européens (§1). Sera ensuite analysé plus largement l'état des autres législations étatiques transposant la directive 93/13 (§2).

### **§1 Focus sur la législation allemande**

140. Comme la France et d'autres Etats membres, l'Allemagne possédait avant la directive de 1993 une législation bien développée des conditions générales d'affaires, réglementant ainsi les clauses abusives. Cette législation a même été une grande source d'inspiration lors de l'édiction de la directive. Les clauses abusives sont, en Allemagne, sanctionnées par l'*Unwirksamkeit* (B). Avoir un aperçu général de la réglementation des clauses abusives en droit allemand (A), permettra de mieux comprendre le choix de la sanction et par la même occasion de mieux appréhender l'esprit de la directive.

#### **A. Aperçu général de la réglementation des conditions générales d'affaires**

141. En Allemagne, le contrôle du contenu contractuel a fait l'objet d'une importante évolution en 1977. En effet, une loi concernant la réglementation du droit des clauses commerciales standardisées a été édictée le 9 décembre 1976 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1977<sup>85</sup>. Cette loi marquait la consécration de toute une construction jurisprudentielle réglementant l'utilisation des clauses contractuelles abusives. « *La loi du 9 décembre 1976, relative aux conditions générales d'affaires revêt une importance considérable dans la pratique allemande du droit des contrats, ce qui a pu conduire certains à la qualifier de « code civil bis »*<sup>86</sup>. A la suite d'une réforme de modernisation du droit des obligations intervenue en 2002, la réglementation des conditions générales d'affaires, autrement dit des clauses abusives, se trouve désormais aux articles §§305 à 310 du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), le code civil allemand.

---

<sup>85</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG).

<sup>86</sup> K.G. WEIL et F. PUIS, Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives, RIDC, 1994, 46-1, p. 125.

142. Cette réglementation complète des conditions générales d'affaires a, aux côtés de la réglementation française, fortement inspiré et influencé les législateurs européens lors de l'élaboration de la directive de 1993. Comme le souligne Madame GAUDEMET, « à l'époque de l'élaboration de la directive, elle constituait une des législations les plus accomplies sur la question de la réglementation du contenu contractuel »<sup>87</sup>. Pour certains, la directive 1993 s'analyserait comme un « compromis entre les modèles français et allemand »<sup>88</sup>.

143. Le champ d'application de cette loi diffère de celui de la directive. En effet, est protégé par cette loi non seulement le consommateur mais également toute personne physique ou morale à l'égard de laquelle on utilise une clause contractuelle standardisée. Tant les relations contractuelles civiles que commerciales rentrent dans le champ d'application de la loi de 1977. Il s'agit d'un champ personnel d'application bien plus large que celui de la directive, et par ailleurs que celui de la loi française, qui viennent protéger uniquement les relations contractuelles entre des professionnels et des consommateurs.

144. Comme nous le savons, la directive protège les consommateurs contre les clauses abusives n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. En France, le choix a été fait de protéger le consommateur également des clauses qui auraient fait l'objet d'une négociation individuelle. En Allemagne, seules les clauses contractuelles pré-rédigées dans une multitude de contrats et élaborées unilatéralement par une des parties, sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle. Autrement dit, les clauses négociées, les clauses élaborées par un tiers au contrat ou encore les clauses pré-rédigées dans un ou quelques contrats n'entrent pas dans le champ d'application de la loi et ne peuvent faire l'objet d'un contrôle du caractère abusif de la clause. En effet, l'article §305 du BGB dispose dans son premier alinéa, que son champ d'application s'étend sur « toutes les conditions générales préétablies pour une multitude de contrats, qu'une partie du contrat (l'utilisateur) soumet à l'autre partie au moment de la conclusion du contrat ». Quant au caractère abusif d'une clause, la loi de 1977 le définit comme « un désavantage considérable et non justifié, en dépit de la bonne foi, à l'égard d'une partie du contrat ». Le contrôle avait par ailleurs été facilité par l'élaboration de listes noires et grises. Ainsi, contrairement au champ d'application personnel, le champ *rationae materiae* de la loi de 1977 était assez similaire à celui de la directive. Toutefois, lors de la transposition de la directive le 19 juillet 1996, qui fut d'une importance mineure

---

<sup>87</sup> Sophie GAUDEMET, La clause réputée non écrite, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, p.43 n°72.

<sup>88</sup> H. SCHULE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, EC Consumer law compendium: The consumer acquis and its transposition in the member states, European law publishers, 2009, p.204.



étant donné la réglementation déjà en vigueur, le droit allemand a intégré le §310(3) au BGB et a étendu le contrôle dans les contrats de consommation aux clauses préédigées pour un usage unique ainsi qu'aux clauses élaborées par un tiers. Se mettant ainsi en conformité avec le droit européen, l'Allemagne a mis en place une réglementation exclusive pour ces contrats.

145. Tandis que la France a choisi de réputer non écrite les clauses abusives, l'Allemagne a choisi de déclarer inefficaces les conditions générales d'affaires abusives. Les deux sanctions sont adéquates avec le caractère non-contraignant prévu par l'article 6§1 de la directive.

### **B. La sanction des conditions générales d'affaires abusives**

146. En vertu de l'article §307 BGB, les conditions générales prohibées sont inefficaces (unwirksam). L'article dispose en effet que « les clauses des conditions générales sont inefficaces si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elles désavantagent de manière inappropriée le cocontractant du stipulant. »<sup>89</sup>. Cette sanction date de la loi de 1976 et n'a pas été modifiée à l'occasion de la transposition. On peut s'interroger sur la signification de cette inefficacité. Pour cela, il semble nécessaire de s'intéresser aux sanctions existantes en droit allemand des contrats.

147. Comme l'indique Monsieur PEDAMON, « *le BGB, ne contient aucune disposition analogue à l'article 1108 du Code civil qui énumère les conditions essentielles pour la validité d'un contrat et pas davantage il ne comporte de subdivision analogue du Code civil qui réglemente chacune des conditions de validité* »<sup>90</sup>. L'auteur précise que les conditions de validité d'un acte juridique sont appréhendées par le BGB sous l'angle de leur sanction. Par exemple, le BGB dispose dans son article §105 que la déclaration de volonté d'une personne incapable d'exercer ses droits est nulle (nichtig). Les conditions de validité d'un acte juridique ne vont pas décider de l'existence ou non de l'acte mais de son efficacité. Autrement dit, la question n'est pas de savoir si l'acte existe mais s'il est valable et s'il peut ainsi produire des effets.

---

<sup>89</sup> BGB, §307: „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“.

<sup>90</sup> M. Pédamon, Le contrat en droit allemand, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2004, p.68 et 69, n°92.

148. Les conséquences des manquements à des conditions de validité relèvent d'un concept général, celui de « Unwirksamkeit », en français l'inefficacité ou l'invalidité. Cette invalidité peut prendre plusieurs formes. Le droit allemand fait la distinction entre trois situations.

149. D'abord, il y a la nullité (Nichtigkeit). C'est l'inefficacité totale et absolue du contrat, de la clause et plus généralement de tout acte juridique. Cette inefficacité intervient dès l'origine à l'égard de tous et le juge doit la relever d'office. L'intervention du juge n'est pas nécessaire. Autrement dit, elle produit ses effets de plein droit. Elle peut par exemple sanctionner l'incapacité de contracter, la non-conformité du contrat aux dispositions légales impératives ou aux bonnes mœurs, le non-respect des exigences légales de forme. Une telle nullité n'existe pas en France. En effet, seule la nullité judiciaire et conventionnelle est admise<sup>91</sup>. Ensuite, il y a l'inefficacité en suspens (schwebende Unwirksamkeit). Il s'agit par exemple du cas où une personne privée de capacité aurait contracté avec une partie, cet acte serait nul de plein droit et privé d'effet dès l'origine. Toutefois si l'acte est ratifié par une tierce personne, celui-ci retrouverait rétroactivement son efficacité et serait valable. Enfin, il y a l'annulabilité (Anfechtbarkeit) et concerne principalement les vices du consentement. Le contrat vicié demeure valable tant qu'il ne fera pas l'objet d'une annulation. L'acte annulable produit ses effets tant qu'il n'est pas contesté. La nullité est ensuite rétroactive. Cette situation ressemble à la nullité judiciaire connue en droit français.

150. Ainsi, la nullité et l'annulabilité sont les deux sanctions majeures à distinguer. Concernant les conditions générales d'affaires, l'article les déclare inefficaces. Au vu des sanctions distinguées, les clauses abusives inefficaces semblent être des clauses nulles (nichtig) et non annulables (anfechtbar). Les clauses annulables étant réservées essentiellement aux vices du consentement. De plus, seule la nullité (Nichtigkeit) répond aux impératifs du droit européen. En effet, la clause nulle en droit allemand permet de ne pas lier les parties au contrat dès l'origine malgré son insertion formelle, tout comme le permet la clause réputée non écrite en droit français.

151. Par ailleurs, en droit allemand, lorsqu'une partie d'un acte juridique est jugée illicite, le principe est la nullité totale de l'acte en vertu de l'article §139 BGB. Toutefois, la loi de 1977 vient poser une exception et admet la survie du contrat amputé de la clause

---

<sup>91</sup> Voir supra n°119

inefficace, sauf si le maintien du contrat serait d'une dureté déraisonnable pour une des parties au contrat<sup>92</sup>. Ce qui nous le verrons est également exigé par le droit européen<sup>93</sup>.

152. Ainsi, les clauses « inefficaces » doivent être comprises comme nulles en droit allemand. L'Allemagne n'est pas le seul Etat membre à avoir sanctionné les clauses abusives par la nullité. Toutefois, différents concepts de nullité ont pu être retenus par les Etats membres.

## **§2 Les différents concepts de nullité retenus par les Etats membres autres que l'Allemagne**

153. Avant d'analyser les différents concepts de nullité retenus dans l'Union européenne (B), il conviendra de présenter un aperçu général des législations étatiques (A).

### **A. Aperçu général des droits nationaux relatifs aux clauses abusives**

154. Avant l'édiction de la directive réglementant les clauses abusives, de nombreux Etats membres, autres que l'Allemagne et la France, disposaient déjà d'un régime protecteur. Ces réglementations avaient été justifiées par plusieurs arguments, principalement deux. La première est la théorie de l'abus, dont l'objectif est de rééquilibrer le pouvoir de négociation ainsi que les connaissances des parties. Il s'agit de la théorie retenue par l'Union européenne dans la directive 93/13/CEE<sup>94</sup>. La seconde théorie est celle basée sur la prise en compte des coûts de transaction. En élaborant une clause pour plusieurs transactions, non seulement le professionnel limite les frais mais également il est mieux informé des termes du contrats. Tandis qu'il sera trop couteux pour le consommateur d'obtenir la négociation des termes et sa connaissance des clauses sera minime. Ainsi, « *les asymétries dans l'information et les connaissances des clauses figurant au contrat ainsi que la distribution inégale des coûts de transaction doivent être contrebalancées par le contrôle des clauses prérédigées* »<sup>95</sup>. Cet argument n'a pas été retenu par la directive européenne. Mais elle avait été retenue dans

---

<sup>92</sup> BGB, §306.

<sup>93</sup> Voir infra n°231 et s.

<sup>94</sup> Voir supra n°38.

<sup>95</sup> H. SCHULE-NÔLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, EC Consumer law compendium: The consumer acquis and its transposition in the member states, European law publishers, 2009, p. 204.

quelques Etats membres comme le Portugal, les Pays-Bas et l'Allemagne. C'est notamment par cette théorie qu'est justifiée l'extension de la protection aux contrats entre professionnels.

155. Aussi, la transposition de la directive a pour beaucoup consisté en des aménagements minimes de la réglementation des clauses abusives déjà en place. En revanche, pour les Etats ne possédant pas déjà un système de contrôle du contenu des clauses contractuelles, ceux-ci ont largement suivi le modèle de la directive.

156. S'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, comme indiqué par l'article 8 de ladite directive, les Etats ont pu faire le choix de renforcer ou maintenir la protection existante du consommateur contre les clauses abusives. Le système de contrôle du caractère abusif des clauses dans les 27 Etats membres peut être classé dans quatre modèles différents<sup>96</sup>.

157. Dans les pays nordiques comme le Danemark, la Finlande et la Suède, le contrôle du contenu contractuel s'applique à tous les contrats, peu importe la qualité des contractants, et les clauses négociées sont comprises dans ce contrôle. Il s'agit donc d'un contrôle très étendu.

158. Dans d'autres pays, comme le Portugal, l'Autriche, les Pays-Bas, la Slovénie, la Hongrie, la Lituanie et l'Estonie, le contrôle s'étend à tous les contrats et seules des clauses types sont soumises au contrôle. Toutefois, afin d'être en conformité avec la directive, les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle dans les contrats de consommation sont soumises à un contrôle. Ce modèle est aussi celui de l'Allemagne, précédemment présenté.

159. Comme la France, la Belgique, le Luxembourg, la République Tchèque et Malte ont limité le contrôle des clauses abusives aux contrats de consommation mais ont inclus les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle.

160. Enfin, le quatrième modèle identifiable est celui posé par la directive. Autrement dit seules les clauses non négociées dans les contrats de consommation font l'objet d'un contrôle. Ce modèle a été transposé en Irlande, Espagne, Grèce, Italie, Bulgarie, Chypre, Pologne, Roumanie, Slovaquie ainsi qu'en Croatie.

---

<sup>96</sup> H. SCHULE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, *Prec.*, p. 205

161. De la même manière que différents systèmes ont pu être retenus, les Etats membres ont choisi de transposer le caractère non contraignant des clauses abusives de différentes manières.

## **B. La transposition du caractère non contraignant des clauses abusives**

162. L'article 6§1 de la directive pose les conséquences juridiques du caractère abusif, la formulation large n'indique pas clairement la façon dont les Etats membres doivent traduire cette absence de caractère contraignant. La nullité semble toutefois privilégiée puisqu'elle semble la plus à même de répondre à l'impératif posé par la directive.

163. Les législateurs nationaux ont la possibilité d'opter pour l'inefficacité de la clause abusive, autrement dit la nullité absolue. Également la clause abusive peut être réputée non écrite. Par ces sanctions, la clause contractuelle jugée abusive sera comme automatiquement nulle. La Bulgarie, l'Estonie, l'Irlande, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et l'Espagne ont choisi de consacrer, au même titre que l'Allemagne, la nullité absolue des clauses abusives. A l'instar de la France, le réputé non écrit a été privilégié à Malte et au Luxembourg.

164. D'autres Etats ont choisi ce qui pourrait être qualifié de nullité de protection ce qui signifie que la nullité d'une clause ne peut être prononcée qu'au profit du consommateur et les tribunaux peuvent relever d'office cette nullité. En Italie, le récent Code de la consommation a modifié la sanction des clauses abusives en introduisant ce concept de nullité de protection (nullità di protezione) à l'article 36§6.

165. A Chypre et en Pologne, la loi de transposition reprend mot à mot la directive en énonçant que la clause ne doit pas lier le consommateur. Il n'est ainsi pas possible de déterminer la nature de la nullité.

166. Dans certains Etats membres, comme la République Tchèque, la Lettonie et les Pays-Bas, un concept de nullité relative a été préféré, en vertu duquel la clause abusive demeure contraignante tant que le cocontractant, généralement le consommateur, n'invoque sa nullité. Le cocontractant étant donc le seul habilité à soulever cette nullité. Par exemple, en vertu de la loi lettone relative à la protection des droits du consommateur, les clauses abusives dans un contrat conclu entre professionnel et un consommateur doivent être déclarées nulles sur demande du consommateur.

167. Comme l'expliquent Messieurs SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER et EBERS, la nature de la sanction est incertaine dans certains pays<sup>97</sup>. Par exemple, la loi grecque de protection du consommateur prévoit la nullité des clauses abusives, sans pour autant en préciser la nature. Pour certains, cette disposition plaide en faveur de la nullité relative tandis que d'autres soutiennent que compte tenu du caractère d'ordre public des dispositions en question, il s'agirait d'une nullité absolue.

168. La nullité absolue, de même que la nullité de protection font peu de doute sur leur conformité au droit européen. En revanche, la nullité relative semble à bien des égards inadaptée et non conforme au droit européen et ce notamment par le fait que la clause reste contraignante en l'absence d'action en ce sens de la part du consommateur. La nécessité de mener une action en justice afin de voir disparaître la clause abusive retire toute l'efficacité du caractère non contraignant imaginée par le législateur européen.

169. Les sanctions définies par les Etats membres diffèrent dans leurs termes, mais restent similaires dans leurs effets et ce afin de répondre aux exigences européennes. S'il faut retenir une similitude principale, c'est que, pour répondre correctement au caractère non contraignant, l'automatisme de la sanction doit être garanti. La sanction doit intervenir à l'origine, et une action en justice ne doit théoriquement pas être nécessaire.

170. La directive, en consacrant le caractère non contraignant des clauses abusives, entendait garantir la protection des consommateurs face aux abus des professionnels. La sanction européenne, impérative et d'ordre public, a été placée au centre de la réglementation des clauses abusives. Bien que son caractère dissuasif soit discutable, son effectivité est indéniable. Entre l'invalidité, le réputé non écrit, la nullité ou encore l'inopposabilité, de nombreuses sanctions étatiques ont pu être envisagées en fonction du système de sanction propre à chaque Etat membre. Cependant, la liberté du choix de la sanction lors de la transposition de la directive restait limitée puisque les Etats devaient veiller à ce que la sanction choisie garantisse au consommateur qu'il ne soit pas lié par la clause abusive. Aussi, quel que soit la sanction choisie, celle-ci doit répondre à certaines exigences afin d'être en conformité avec le droit de l'Union européenne. Les effets propres au caractère non contraignant doivent être garantis.

---

<sup>97</sup> H. SCHULE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, EC Consumer law compendium: The consumer acquis and its transposition in the member states, European law publishers, 2009, p.243.

## **PARTIE 2 : LES EFFETS DU CARACTERE NON CONTRAIGNANT DE LA CLAUSE ABUSIVE**

171. Le régime qui gouverne la mise en œuvre de la sanction des clauses abusives est d'origine principalement européenne. La CJUE a en effet développé une jurisprudence autour de l'article 6 paragraphe 1 de la directive 93/13/CEE, venant ainsi délimiter les contours de la notion.

172. Les effets du caractère non contraignant de la clause abusive sont variés. Entre la disparition de la clause, le maintien du contrat, le relevé d'office du juge et l'absence de prescription, toutes ces effets découlant du caractère non contraignant vont ainsi participer à garantir une certaine efficacité dans la protection du consommateur et dans la lutte contre les clauses abusives. Il conviendra de s'intéresser aux conséquences substantielles du caractère non contraignant (Chapitre 1) puis aux conséquences processuelles (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 : LES CONSEQUENCES SUBSTANTIELLES**

173. De quelle manière le caractère non contraignant des clauses abusives est-il mis en œuvre afin de rétablir l'équilibre du contrat de consommation ? C'est ce que nous analyserons dans ce chapitre. En vertu du caractère non contraignant, les clauses abusives, qui sont censées n'avoir jamais existées, sont écartées du contrat. En effet, la clause disparaît du contrat (Section 1). Cette disparition affectera parfois le contrat de telle manière qu'il ne pourra subsister. Il faut alors s'intéresser au sort du contrat comportant une clause abusive (Section 2).



## **SECTION 1 : LA DISPARITION DE LA CLAUSE ABUSIVE**

174. Après l'interprétation qui a été faite de l'article 6§1 par la Cour de justice, il a vite été compris que la conséquence recherchée du caractère non contraignant était la suppression pure et simple de la clause (§1). Cette disparition va nécessairement impacter la relation contractuelle, en ce que la clause ne peut produire un quelconque effet (§2).

### **§1 Une suppression pure et simple de la clause**

175. La jurisprudence européenne a posé un principe d'éradication de la clause abusive (A.). De même, le remplacement de la clause abusive par une nouvelle clause ne semble être que très rarement envisageable (B.).

#### **A. Le principe d'éradication de la clause abusive**

176. Depuis 2012, le principe de l'éradication de la clause abusive est sûrement l'une des principales conséquences qui découle du caractère non contraignant des clauses abusives. Ce principe de suppression entraîne une interdiction pour le juge national de modifier ladite clause. Autrement dit, il lui est interdit de réviser la clause (1.) ou de la supprimer partiellement (2.).

##### **1- L'interdiction de réviser la clause**

177. C'est l'important arrêt Banco Español de Crédito du 14 juin 2012, qui vient poser ce principe d'interdiction de révision de la clause et ainsi indiquer que le juge est uniquement tenu d'écarter la clause abusive du contrat.

178. Dans cette affaire, il s'agissait d'un consommateur espagnol qui avait conclu en 2007 un contrat de prêt pour un montant de 30 000 € afin d'acquérir un véhicule. Le taux de rémunération était fixé à 7,950 %, le TAEG (taux annuel effectif global) à 8,890 % et le taux des intérêts moratoires à 29 %. Après 7 mensualités impayées, la banque avait décidé d'introduire une demande en injonction de payer. La clause relative aux intérêts moratoires fut déclarée d'office nulle par le juge en raison de son caractère abusif. Mais en plus de déclarer cette clause nulle, le juge fixa le taux à 19%, modifiant ainsi la clause des intérêts moratoires. Il exigea en outre que la banque effectue un nouveau calcul du montant des

intérêts pour la période en cause dans le litige. La banque fit alors appel soulevant notamment que le juge ne pouvait procéder à la révision de la clause. La question préjudicielle suivante fut alors posée à la Cour de justice : le juge national peut-il, lorsqu'il constate la nullité de la clause abusive, « compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause » ?

179. Ce à quoi la Cour a répondu qu'« il découle du libellé du paragraphe 1 dudit article 6 que les juges nationaux sont tenus **uniquement** d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sans qu'ils soient habilités à réviser le contenu de celle-ci »<sup>98</sup>. La Cour fait donc interdiction aux juges de réviser une clause abusive et limite leur pouvoir à la seule éradication de la clause. Ils ne peuvent la réécrire pour lui retirer son caractère abusif. La Cour explique cette interdiction par le fait que le « contrat doit subsister, en principe, sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression des clauses abusives ». Or la révision d'une clause ne consiste pas à supprimer la clause mais revient bien, par définition, à la modifier. Il ne s'agit pas d'une simple suppression de la clause.

180. En imposant au juge de faire simplement disparaître la clause du contrat dans son intégralité, cela signifie qu'il n'est désormais plus possible, comme l'avait fait le juge espagnol, d'abaisser le montant d'une clause pénale à un niveau acceptable. Cette solution a été rappelée et confirmée dans plusieurs arrêts, par exemple l'arrêt *Asbeek Brusse et de Man Garabito*<sup>99</sup>. En outre, « si elle est abusive, le juge doit supprimer lesdits intérêts, et ce, quand bien même sa loi nationale l'autoriserait à les réduire au-delà d'un certain plafond »<sup>100</sup>, comme le précise l'affaire C-482/13, *Unicaja Banco et Caixabank* du 21 janvier 2015. La cour de justice a par ailleurs récemment réitéré sa position en rappelant que l'article 6§1 s'oppose à une règle de droit national qui permet au juge national de compléter ce contrat en révisant le contenu de cette clause<sup>101</sup>.

181. Si une clause abusive pouvait être révisée, cela impliquerait qu'elle resterait partiellement contraignante. Le consommateur resterait en partie lié par la clause. Rappelons que, selon la jurisprudence européenne, la clause est censée n'avoir jamais existée<sup>102</sup>. Or, la modifier reviendrait d'une part à reconnaître son existence et d'autre part à lui donner un

---

<sup>98</sup> CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, pt 65.

<sup>99</sup> CJUE, 30 mai 2013, aff. C488/11, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, pt 59.

<sup>100</sup> Gaël CHANTEPIE, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Déséquilibre significatif, Répertoire de droit commerciale, mai 2019 (actualisation : Février 2021), pt 90.

<sup>101</sup> CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, *Gomez del Moral Guasch*, pt 59.

<sup>102</sup> Voir supra n°65

effet qu'elle n'aurait jamais dû pouvoir produire (du fait de son inexistence). Ainsi, la modification de la clause porterait atteinte à l'effectivité de l'article 6 de la directive.

182. De plus, comme le soulignent Monsieur CHANTEPIE et Madame SAUPHANOR-BROUILLAUD, *« l'enjeu est important, car il en va du caractère dissuasif de la sanction »*<sup>103</sup>. En effet, les professionnels en tireraient un avantage majeur, renforçant ainsi le déséquilibre au sein de la relation contractuelle, ce qui serait totalement contraire avec l'esprit de la directive qui veut justement rétablir un équilibre. L'effet dissuasif de la sanction étant déjà limité<sup>104</sup>, si la clause pouvait être modifiée, le professionnel ne subirait aucune conséquence. C'est ce que soulevait l'avocat général dans ses conclusions de l'affaire Banco Español de Crédito, *« cette faculté [de révision] contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels, dans la mesure où ceux-ci demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels »*<sup>105</sup>.

183. Aussi, comme le résume Madame AUBERT DE VINCELLES, *« ce pouvoir de révision est contraire à la directive 93/13, tant au regard de la lettre du texte que de ses objectifs »*<sup>106</sup>. Dans la même logique, la suppression partielle de la clause est interdite.

## 2- L'interdiction de supprimer partiellement la clause

184. En plus d'imposer au juge national la suppression de la clause abusive, la jurisprudence européenne exige également que cette suppression soit totale. En effet, il ressort du récent arrêt Abanca Corporación Bancaria du 26 mars 2019 que le juge ne peut procéder à une suppression partielle de la clause litigieuse. Autrement dit, il ne peut faire disparaître une partie de la clause, il doit la faire disparaître dans son ensemble. Dans le cas contraire, cela reviendrait, comme pour la révision de la clause, à admettre que la clause reste partiellement contraignante.

---

<sup>103</sup> Gaël CHANTEPIE, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Déséquilibre significatif, Répertoire de droit commerciale, mai 2019 (actualisation : Février 2021), pt 90.

<sup>104</sup> Voir supra n°78 et s.

<sup>105</sup> Conclusions de l'avocat général, aff. C-618/10, Banco Español de Crédito.

<sup>106</sup> Carole AUBERT DE VINCELLES, Chronique Droit européen des obligations - Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice, RTD eur., 2012, 666, pt 5.

185. Dans l'arrêt précité, il était question d'un crédit assorti d'une garantie hypothécaire conclu entre une consommatrice et un établissement bancaire. La consommatrice, estimant que certaines clauses du contrat étaient abusives, avait introduit une demande en annulation. La juridiction ayant fait droit à la demande, Abanca Corporación Bancaria avait ensuite fait appel jusqu'en cassation. La juridiction de renvoi ayant des doutes sur la possibilité, au regard de l'article 6§1, de déclarer une clause contractuelle partiellement abusive, posa une question préjudicielle à la Cour de justice.

186. La juridiction nationale souhaitait en effet supprimer une partie litigieuse de la clause et conserver l'autre partie. La partie de la clause qui prévoyait une échéance anticipée dès le premier défaut de paiement d'une mensualité est jugée abusive par la juridiction nationale. En revanche, la seconde partie de la clause qui prévoit une échéance anticipée pour défaut de paiement de plusieurs tranches, n'est pas abusive. Ainsi, la juridiction demande à la Cour de justice, si, lorsqu'une clause d'échéance anticipée d'un contrat de prêt hypothécaire est jugée abusive, elle peut néanmoins être maintenue en partie, moyennant la suppression des éléments qui la rendent abusive.

187. Selon la juridiction nationale, *« l'exclusion de l'élément abusif d'une clause contractuelle et le maintien du reste de son contenu, ne présentant pas de caractère abusif, ne constituent pas une révision ou un remplacement du contenu contractuel »*<sup>107</sup>.

188. Après avoir rappelé le principe et les raisons de l'interdiction de révision de la clause. La Cour de justice répond de manière claire que la suppression partielle est analogue à une révision et qu'elle est donc contraire aux articles 6 et 7 de ladite directive. Elle énonce ainsi en son point 55, que *« la simple suppression du motif d'échéance rendant les clauses en cause au principal abusives reviendrait, en définitive, à réviser le contenu de ces clauses en affectant leur substance. Partant, le maintien partiel desdites clauses ne saurait être admis, sous peine de porter directement atteinte à l'effet dissuasif rappelé au point précédent du présent arrêt »*<sup>108</sup>.

189. Aussi, la suppression d'une clause abusive ne peut être que totale. Ceci a été réaffirmé quelques mois plus tard dans l'affaire Bankia<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> CJUE, 26 mars 2019, aff. C-70/17, Abanca Corporación Bancaria, pt 25.

<sup>108</sup> Préc., aff. C-70/17, pt 55.

<sup>109</sup> CJUE, 3 juillet 2019, aff. C-92/16, Bankia.

190. Toutefois, la Commission européenne, dans ses orientations de 2019 d'interprétation de la directive 93/13/CE, soulevait un questionnement concernant la délimitation de la clause contractuelle. Parfois certaines clauses sont divisibles, de telle sorte que la suppression "partielle" serait possible. La Commission évoque la possibilité qu'une clause « *qui peut ressembler à une clause contractuelle [soit], en réalité, composée de clauses contractuelles différentes au sens de l'article 3, paragraphe 1* »<sup>110</sup>. C'est le cas notamment, « *lorsqu'une clause contractuelle contient deux (ou plusieurs) stipulations qui peuvent être distinguées de telle sorte qu'il soit possible d'en supprimer une, tandis que les autres stipulations restent claires et compréhensibles et peuvent être évaluées selon leurs mérites propres* ».

191. Le 29 avril 2021, la Cour de justice s'est prononcée à ce sujet. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de prêt hypothécaire libellé en zloty polonais mais indexé sur une devise étrangère, le franc suisse. La juridiction demandait à la Cour s'il était possible de supprimer la partie de la clause jugée abusive. Delà, la Cour répond que « *Ce n'est que si l'élément de la clause d'indexation du prêt hypothécaire consistait en une obligation contractuelle distincte des autres stipulations contractuelles, susceptible de faire l'objet d'un examen individualisé de son caractère abusif, que le juge national pourrait le supprimer* »<sup>111</sup>. Il est alors nécessaire de contrôler le caractère séparable des obligations contractuelles. Si des obligations sont distinctes, la suppression "partielle" est possible, en précisant qu'elle ne serait pas si partielle que cela puisqu'il s'agirait en réalité de deux clauses distinctes.

192. En l'espèce, il avait déjà été jugé par la Cour que les clauses relatives aux intérêts ordinaires et celles relatives aux intérêts moratoires devaient être clairement distinguées et que la suppression de l'une ne pouvait entraîner la suppression de l'autre, chacune devant faire l'objet d'un contrôle du caractère abusif de la clause<sup>112</sup>. La Cour précise, au point 74 de l'arrêt Bank BPH, que peu importe la rédaction des clauses, si elles sont distinguées ou regroupées en une même clause, il n'empêche qu'elles représentent deux obligations différentes qui peuvent être déclarées abusives (et supprimées) indépendamment. Il est donc

---

<sup>110</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, pt 4.3.1.

<sup>111</sup> CJUE, 29 avril 2021, aff. C-19/20, Bank BPH, pt 71.

<sup>112</sup> CJUE, 7 août 2018, aff. C-96/16 et C-94/17, Banco Santander et Escobedo Cortés, pt 76.

possible, conformément à l'article 6 de la directive, de supprimer une partie de la clause lorsqu'elle représente en son entier deux obligations contractuelles distinctes.

193. Une fois ce principe d'éradication de la clause établi, se pose la question du remplacement de la clause abusive par une nouvelle clause.

## **B. La question du remplacement de la clause abusive**

194. La clause supprimée, peut-elle être remplacée par une clause de nature supplétive ? Comme il a été vu, le juge n'a pas le pouvoir de réécrire une clause. Aussi, il ne s'agirait pas de remplacer la clause abusive par une quelconque nouvelle clause mais par une règle de droit supplétif, autrement dit par une règle qui aurait eu vocation à s'appliquer en l'absence d'accord des parties.

195. Toutefois, bien que la clause abusive ne soit pas en tant que telle révisée ou modifiée, le contrat serait substantiellement modifié par l'établissement d'une nouvelle clause de droit supplétif<sup>113</sup>. Aussi, le remplacement de la clause abusive par une nouvelle clause ne semble pas admissible sur le fondement du caractère non contraignant. De plus, admettre ce remplacement serait, dans la même logique que les autres interdictions, contraire aux finalités de la directive 93/13 et retirerait donc le caractère dissuasif de la sanction.

196. De nombreux arrêts de la Cour de justice ont confirmé cette interdiction de supprimer une clause abusive pour la remplacer par une règle de droit supplétif.

197. Nous prendrons ici l'exemple du récent arrêt *Dexia Nederland* du 27 janvier 2021. En l'espèce il a été demandé à la Cour de justice si un professionnel qui a imposé au consommateur une clause déclarée abusive, et, par conséquent, nulle, par le juge national, peut prétendre à l'indemnité prévue par une disposition du droit national à caractère supplétif qui aurait été applicable en l'absence de cette clause. La Cour de justice commence à répondre en rappelant le principe de non-modification du contrat et l'interdiction de réviser le contrat afin de préserver les finalités dissuasives de la sanction. Puis elle précise que « *juge national n'a pas le pouvoir de substituer à la clause abusive une disposition du droit national à caractère supplétif dès lors que l'invalidation de cette clause n'obligerait pas le juge à annuler le contrat dans son ensemble* »<sup>114</sup>. Il existe en effet une exception permettant au juge

---

<sup>113</sup> Voir supra n°177 et s.

<sup>114</sup> CJUE, 27 janvier 2021, aff. C-229/19, *Dexia Nederland*, pt 66.

de remplacer la clause abusive lorsque le contrat ne peut subsister<sup>115</sup>. En revanche en dehors de cette exception, le remplacement par une règle de droit supplétif semble être interdit par la CJUE. En l'espèce, le contrat pouvait subsister sans la clause, dès lors la règle supplétive ne pouvait trouver à s'appliquer. Le professionnel ne pouvait prétendre à l'indemnité légale prévue qui aurait été applicable en l'absence de ladite clause. L'arrêt pose, en principe, l'interdiction de remplacer la clause abusive par une disposition de droit supplétif.

198. Aussi, cela vient compléter la liste des interdictions qui sont faites au juge. Ce dernier ne peut ni réviser la clause, ni la supprimer partiellement, ni la remplacer par une règle supplétive, sauf si, nous le verrons, le contrat ne peut subsister.

199. En conclusion, la seule possibilité pour remplacer la clause jugée abusive serait pour les parties de décider, d'un commun accord, de remplacer, réécrire ou modifier la clause. En vertu de la liberté contractuelle, nul ne peut interdire aux parties au contrat de procéder à une telle modification. Cependant, arriver à un tel accord sera rarement le cas comme on peut s'en douter. En effet, une fois la clause jugée abusive, il est peu probable qu'un consommateur accepte de renoncer à la protection qui lui est offerte par les conséquences du caractère non contraignant. Par ailleurs, l'impact économique pour le professionnel de voir une clause jugée abusive est souvent d'une faible importance, ce qui, sûrement, ne le poussera pas non plus à entrer en négociation avec le consommateur.

200. Ainsi, la clause jugée abusive aura vocation à purement disparaître du contrat, solution logique puisqu'elle est censée ne jamais avoir été écrite. Toutefois, la disparition effective de la clause au contrat va nécessairement concerner la relation contractuelle.

## **§2 Les conséquences de la disparition de la clause sur la relation contractuelle**

201. En fonction de l'état d'avancement de l'exécution du contrat, deux conséquences de la disparition de la clause abusive sont à différencier. D'abord, lorsque la clause, qui disparaît, n'a pas encore été exécutée, celle-ci est privée d'effet pour le futur. Cette conséquence découlant de la disparition de la clause est assez logique et simple. En revanche lorsque la clause abusive a déjà produit effet, cela donne alors lieu à restitution intégrale, la Cour de justice ayant posé le principe de restitution intégrale de la clause abusive exécutée

---

<sup>115</sup> Voir infra n°231 et s.

(A.). Une récente jurisprudence européenne est toutefois venue préciser que la restitution peut parfois être refusée (B.).

#### **A. Le principe de restitution intégrale de la clause abusive exécutée**

202. Les clauses abusives disparaissant du contrat en raison de leur caractère non contraignant, ne peuvent produire effet. La situation est facilement envisageable lorsqu'elle n'a pas encore été exécutée. La clause étant supprimée, elle ne sera pas exécutée. Mais lorsque la clause a déjà produit effet, il est alors nécessaire d'annuler rétroactivement son application. Cela signifie que le consommateur et le professionnel doivent être placés dans la situation dans laquelle ils auraient dû être, sans que cette clause ne soit effectuée. Concrètement, lorsque les consommateurs ont effectué des paiements fondés sur des clauses contractuelles abusives, ces derniers doivent être remboursés. Comme il a été vu, le caractère non contraignant produit ses effets *ex tunc* et non *ex nunc*<sup>116</sup>. C'est dans le cas particulier d'une restitution que cet effet *ex tunc* du caractère non contraignant prend tout son sens. En effet, le consommateur a droit au remboursement des sommes versées à tort non pas à partir de la décision de justice déclarant la clause abusive mais à partir de la conclusion du contrat. Autrement dit, toutes les sommes qui auraient été versées par le consommateur au professionnel sur le fondement de la clause reconnue postérieurement abusive doivent lui être reversées.

203. Cette obligation de restitution intégrale ressort d'un arrêt de la CJUE dans lequel elle a dû répondre à la question suivante : « *L'article 6§1 s'oppose-t-il à une jurisprudence nationale qui limite dans le temps les effets restitutoires liés à la déclaration judiciaire du caractère abusif d'une clause aux seules sommes indûment versées en application de cette clause postérieurement au prononcé de la décision ayant judiciairement constaté ce caractère abusif ?* »<sup>117</sup>.

204. En l'espèce, des consommateurs avaient contracté auprès d'un établissement bancaire, un prêt hypothécaire contenant une clause "plancher". Ces clauses ont vocation à prévoir un taux minimal en deçà duquel le taux d'intérêt variable ne peut diminuer. Des actions en justice ont alors été introduites par certains consommateurs afin de voir déclarer

---

<sup>116</sup> Voir supra 68.

<sup>117</sup> CJUE, 21 décembre 2016, aff. Jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, Gutierrez Naranjo.



abusives ces clauses plancher et ainsi obtenir les restitutions des sommes indûment versées sur le fondement de cette clause.

205. Dans une jurisprudence espagnole antérieure, de telles clauses avaient été jugées abusives en raison d'un manque de transparence. La juridiction avait soulevé que la déclaration de nullité des clauses en cause entraînerait des troubles économiques graves. C'est pour cette raison que la Cour suprême espagnole, sur le fondement du principe de sécurité juridique, avait limité les effets de son arrêt à compter de sa date de publication. Aussi selon cette jurisprudence constante, les consommateurs ne pouvaient obtenir restitution des sommes versées avant le rendu de la décision.

206. Seulement cette jurisprudence s'avère contraire à l'article 6§1 de la directive de 1993. C'est ce que confirme la Cour de justice, la clause étant censée ne jamais avoir existée et ne pouvant donc produire effet, « *la constatation judiciaire du caractère abusif d'une telle clause doit, en principe, avoir pour conséquence le rétablissement de la situation en droit et en fait du consommateur dans laquelle il se serait trouvé en l'absence de ladite clause* »<sup>118</sup>. Par cet arrêt, la Cour de justice confirme le fait que le consommateur doit obtenir la restitution de toutes les sommes versées en application de la clause abusive, puisqu'elle ajoute au point suivant 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* ». A défaut, une fois de plus, cela retirerait tout l'effet dissuasif de la sanction. Par ailleurs, cette affaire démontre que l'impact négatif sur le professionnel peut parfois être fort. En effet, comme le soulignait Madame SAUPHANOR-BROUILLAUD en 2016, « *les conséquences économiques de l'arrêt Naranjo sont immenses pour les établissements financiers espagnols qui pourraient, selon la Banque d'Espagne, devoir rembourser 4,2 milliards d'euros* »<sup>119</sup>.

207. Ainsi, afin d'assurer une protection effective des consommateurs, la restitution intégrale doit leur être garantie. Toutefois un récent arrêt vient admettre que l'effet restitutoire puisse être refusé.

---

<sup>118</sup> CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, Gutierrez Naranjo, pt 61.

<sup>119</sup> Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Droit de la consommation, D., 2017, p.539.

## B. Le refus exceptionnel de l'effet restitutoire

208. C'est dans l'affaire Caixabank du 16 juillet 2020 que la Cour de justice est venue admettre le refus de l'effet restitutoire découlant de l'effet contraignant des clauses abusives.

209. En l'espèce, un contrat de prêt hypothécaire stipulait une clause imposant au consommateur le paiement de la totalité des frais de constitution et de mainlevée d'hypothèque. Une action du consommateur fut introduite afin de la voir déclarer abusive et d'obtenir la restitution des sommes versées sur le fondement de cette clause. La clause fut déclarée abusive. Toutefois, la juridiction nationale a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice concernant les effets restitutifs de la constatation de la nullité et notamment la possibilité de les modérer. En l'espèce, une règle supplétive, qui aurait trouvé à s'appliquer en l'absence de ladite clause abusive, mettait à la charge du consommateur une partie de ces frais. Aussi, a-t-il été demandé si l'article 6§1, et l'article 7§1, de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que le juge national refuse la restitution au consommateur des montants payés en application de la clause jugée abusive.

210. Afin de répondre à cette question, la Cour rappelle le principe de la restitution intégrale posé par l'arrêt Gutiérrez de 2016 afin de garantir le rétablissement de la situation supposée. La CJUE soulève ensuite que le fait qu'une clause contractuelle jugée abusive est censée ne jamais avoir existé est de nature à justifier l'application des éventuelles dispositions du droit national applicables en l'absence d'accord des parties. Ainsi, elle énonce que « *si ces dispositions mettent à la charge de l'emprunteur l'intégralité ou une partie de ces frais, ni l'article 6, paragraphe 1, ni l'article 7, paragraphe 1, de la directive 93/13 ne s'opposent pas à ce que soit refusée la restitution, au consommateur, de la partie desdits frais qu'il doit lui-même supporter* »<sup>120</sup>.

211. En conclusion, le juge ne peut refuser la restitution au consommateur des montants payés en application d'une clause abusive, à moins que des dispositions du droit national qui trouveraient à s'appliquer en l'absence de ladite clause imposent au consommateur le paiement de la totalité ou d'une partie de ces frais. Aussi, dans cette hypothèse, le juge national peut rejeter la demande de restitution des montants payés.

---

<sup>120</sup> CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-224-19, Caixabank, pt 54.

212. Une fois réglé le sort de la clause abusive, il s'agit de s'intéresser au contrat et son possible maintien malgré la disparition d'une des clauses du contrat.

## **SECTION 2 : LE SORT DU CONTRAT COMPORTANT UNE CLAUSE ABUSIVE**

213. Le sort du contrat comportant une ou plusieurs clauses abusives est régie par la deuxième partie de la disposition 6§1 (§1). Cette réglementation a été approfondie par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (§2).

### **§1 Le principe posé par l'article 6§1 de la directive**

214. L'article 6§1 dans sa deuxième partie dispose que « *le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives* ». La directive pose le principe général du maintien du contrat (A.), tout en admettant la possibilité qu'il ne puisse subsister. La Cour de justice a fourni des indices quant à l'interprétation de cette subsistance du contrat (B.).

#### **A. Le maintien du contrat**

215. Le contrat doit, en principe, être maintenu dans son ensemble et comme les parties l'avaient initialement prévu, uniquement sans la clause abusive. La finalité première de l'article 6§1 est de rétablir l'équilibre entre les parties en supprimant les clauses abusives des contrats conclus entre des consommateurs et des professionnels<sup>121</sup>. Rétablir l'équilibre ne signifie pas anéantir le contrat dans son ensemble, bien au contraire. C'est pour cette raison que le législateur européen a expressément prévu que le contrat resterait contraignant malgré la disparition d'une clause de ce contrat. Dans ses conclusions relatives l'affaire Perenicova et Perenic, l'avocate générale explique en effet que « *s'agissant de la fonction de protection, l'article 6, paragraphe 1, serait tourné en son contraire si la validité d'une ou de plusieurs clauses entraînait toujours l'invalidité du contrat dans son ensemble, indépendamment des autres facteurs* »<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Voir supra n°44.

<sup>122</sup> Aff. C-453/10, Pereničová et Perenič, conclusions de l'avocat général présentées le 29 nov. 2011 dans, pt 50.

216. Madame AUBERT DE VINCELLES a par ailleurs souligné en analysant cette jurisprudence, que « *la protection des consommateurs ne justifie pas que soient remis en cause les contrats et leur force obligatoire ; elle doit limiter ses effets aux seuls éléments de déséquilibre en raison de leur situation d'infériorité* ». 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* »<sup>123</sup>.

217. Toutefois, la Cour de justice, comme il ressort de la jurisprudence précitée, n'interdit pas les Etats membres de prévoir la nullité du contrat dans son ensemble, dans la mesure où cela assure une meilleure protection des consommateurs.

218. Notons qu'en droit français, le sort du contrat est régi à l'art L. 241-1 alinéa 2, lequel dispose que « *le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses* ». Cette disposition a été introduite par la loi de transposition du 1er février 1995, la loi de 1978 restait en effet silencieuse sur le sort du contrat. L'article reprend la disposition de la directive.

219. Aussi, il résulte de cette disposition que le législateur européen ne souhaitait prévoir la nullité du contrat dans son ensemble que dans des cas exceptionnels. Finalement, rare seront les cas où le contrat contenant des clauses abusives se verra annulé. Comme le souligne Madame GAUDEMET, concernant la disposition française, « *les applications pratiques de cette disposition devraient toutefois rester exceptionnelles* »<sup>124</sup>.

220. L'article 6§1 de la directive pose donc le principe du maintien du contrat. Néanmoins, il ressort du libellé de l'article « *s'il peut subsister* », que ce maintien est subordonné au fait que le contrat puisse effectivement survivre sans la ou les clauses abusives. Cela ne soulève parfois pas de difficulté, par exemple lorsqu'il s'agit d'une clause pénale abusive. En revanche, il est des cas, où la question de savoir si le contrat peut subsister pose plus de difficultés. Comment le juge détermine et évalue-t-il si le contrat peut subsister sans la clause ? Le juge européen en a fourni quelques indices.

---

<sup>123</sup> Carole AUBERT DE VINCELLES, Chronique Droit européen des obligations – Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice, RTD eur., 2012, 666, n°6.

<sup>124</sup> Sophie GAUDEMET, La clause réputée non écrite, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, p.37, n°63.

## B. L'appréciation de la subsistance du contrat

221. De la jurisprudence, il ressort que l'appréciation du juge national sur le possible maintien du contrat doit se faire au cas par cas (1-) et doit être objective (2-).

### 1- Une appréciation au cas par cas

222. En indiquant que le contrat reste contraignant sans la clause abusive « s'il peut subsister », cela signifie par opposition qu'il se peut que parfois le contrat ne puisse rester contraignant sans la clause. Le contrat ne saurait être exécuté sans la clause jugée abusive tant celle-ci était importante. Conclure à l'importance de la clause abusive dans le contrat ne peut se faire que par une analyse au cas par cas et nécessite une évaluation au regard du droit national applicable. C'est en effet ce qui a été précisé premièrement par l'arrêt Banco Espanol de Crédito et ensuite réaffirmé à de nombreuses reprises, par exemple dans les arrêts Unicaja Banco et Caixabank de 2015 et Kanyeba de 2019. Dans ces arrêts la Cour indique que le contrat doit subsister sans aucune modification autre que la suppression de la clause, « dans la mesure où, conformément aux règles du droit interne, une telle persistance du contrat est juridiquement possible »<sup>125</sup>. Pour chaque contrat où une clause a été déclarée abusive, le juge doit vérifier que le contrat peut juridiquement continuer à exister et à être exécuté.

223. Par exemple, un contrat ne pourrait a priori pas subsister si la clause jugée abusive porte sur l'objet principal ou sur le prix du contrat. C'est ce qui avait été jugé par la Cour de justice, laquelle énonce qu'une « clause relative au risque de change définit l'objet principal du contrat. Ainsi, dans un tel cas de figure, le maintien du contrat ne paraît pas juridiquement possible »<sup>126</sup>. A priori, toutes les clauses jugées abusives et relevant de l'objet principal du contrat ne devraient permettre la subsistance du contrat.

224. Par ailleurs, la Cour de justice précise que cette appréciation relève du pouvoir du juge national. Il revient donc au juge national de déterminer dans quelle mesure le contrat peut subsister.

---

<sup>125</sup> CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, Banco Español de Crédito, point 65 ; CJUE, 21 janv. 2015, aff. C-482/13, Unicaja Banco et Caixabank, pt 28 ; CJUE, 7 novembre 2019, aff. C-349-18, Kanyeba, pt 68.

<sup>126</sup> CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, Dunai, pt 52.

225. Ainsi, la survie du contrat ne peut être analysée qu’au cas par cas par le juge national. Cependant le juge européen impose à ce dernier d’apprécier objectivement la possibilité de maintenir le contrat ou non.

## 2- Une appréciation objective

226. Depuis un arrêt de 2012, la Cour de justice a posé ce principe d’appréciation objective du maintien du contrat. Réaffirmé à plusieurs reprises, le contrat subsiste lorsque cela est juridiquement possible, « *ce qu’il convient de vérifier selon une approche objective* »<sup>127</sup>.

227. Dans l’arrêt *Perenicova et Perenic*, il était question d’une demande en nullité d’un contrat de crédit conclu avec un établissement non bancaire accordant des crédits de consommation. Le crédit de 150 000 SKK (4 979 euros) devait être remboursé en 32 mensualités de 6 000 SKK (199 euros) auxquels s’ajoutait un trente-troisième versement égal au montant du crédit octroyé. Les consommateurs devaient alors rembourser un montant de 342 000 SKK (11 352 euros). C’est alors que le juge national a soulevé que la nullité du crédit dans son ensemble, prononcée en raison du caractère abusif de certaines de ses clauses, serait plus avantageuse pour les consommateurs que le maintien du contrat sans les clauses abusives. Dans le premier cas, les consommateurs concernés seraient contraints de payer uniquement les intérêts de retard, au taux de 9 %, et non pas l’ensemble des frais afférents au crédit accordé, qui seraient beaucoup plus élevés que ces intérêts<sup>128</sup>. Il a alors été demandé à la Cour de justice si l’article 6§1 permettait aux juridictions nationales de décider que ledit contrat, contenant des clauses abusives, dans son ensemble ne lie pas le consommateur au motif que cela est plus avantageux pour ce dernier.

228. La Cour a alors indiqué que « *tant le libellé de l’article 6§1 que les exigences relatives à la sécurité juridique des activités économiques militent en faveur d’une approche objective, de sorte que la situation de l’une des parties au contrat, en l’occurrence le consommateur, ne saurait être considérée comme le critère déterminant réglant le sort futur du contrat* »<sup>129</sup>. Ainsi le juge national ne pouvait justifier la nullité du contrat par le seul fait que cela était plus bénéfique au consommateur. Cette position vient limiter la protection du consommateur. S’agissant d’un contrôle objectif, il ne peut être fondé que sur les intérêts

---

<sup>127</sup> CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*, pt 32.

<sup>128</sup> Pt 24, aff. préc.

<sup>129</sup> Pt 32, aff. Préc.

d'une seule partie. Autrement dit, peu importe que la disparition de la clause au contrat rende le contrat moins attractif économiquement. Cela peut être pris en compte dans le contrôle mais ne doit pas être la seule raison de la nullité du contrat. Par conséquent, l'appréciation ne peut être fondée sur des considérations purement économiques.

229. Le principe est la subsistance du contrat sans modification autre la suppression de la clause abusive, mais que se passe-t-il lorsque, après une appréciation casuistique et objective, le juge estime que le contrat ne peut subsister ? La lettre de l'article 6§1 ne va pas dans ces détails, c'est donc la Cour de justice qui est venue apporter des précisions sur la conséquence à tirer du fait que le contrat ne puisse subsister.

## **§2 L'approfondissement de la règle par la CJUE**

230. S'il ne peut subsister, cela pourrait logiquement signifier que le contrat est nul dans son ensemble. Pourtant, comme il a été évoqué, le contrat sera rarement annulé. La jurisprudence a développé, à partir de l'article 6§1, une jurisprudence permettant le sauvetage du contrat par le remplacement exceptionnel de la clause abusive (A.). Affinant sa jurisprudence, la Cour de justice a récemment permis au juge d'inviter les parties à la négociation, favorisant une nouvelle fois le sauvetage du contrat (B.).

### **A. Le sauvetage du contrat**

231. Afin de pouvoir « sauver » le contrat, la Cour de justice pose deux conditions (1-). Une fois ses conditions remplies, la clause abusive pourra alors être remplacée par une règle nationale de droit supplétif (2-).

#### **1- Les conditions**

232. Deux conditions ressortent de la jurisprudence européenne pour permettre au juge national de sauver le contrat. Premièrement, le contractant ne doit objectivement pas pouvoir être maintenu sans la clause abusive, aussi, ne pouvant pas subsister le contrat encourt alors la nullité. Deuxièmement, les conséquences de cette nullité du contrat doivent être particulièrement négatives pour le consommateur. Cette condition a premièrement été

évoquée dans l'arrêt Kasler et Kaslerné Rabai relatif à un prêt hypothécaire libellé en monnaie étrangère. La Cour de justice permis la substitution d'une clause abusive en raison des conséquences particulièrement préjudiciables auxquelles pourrait être exposé le consommateur en cas de nullité du contrat. Le contrat ne pouvait subsister sans la clause et aurait donc dû être annulé ce qui aurait eu pour conséquence « *de rendre immédiatement exigible le montant du prêt restant dû dans des proportions risquant d'excéder les capacités financières du consommateur* »<sup>130</sup>. En ne permettant pas le sauvetage du contrat, cela aurait retiré le caractère dissuasif de la sanction des clauses abusives. En effet, la conséquence de l'annulation du contrat aurait plus pénalisé le consommateur que le professionnel. Ainsi, admettre une telle situation ne saurait le dissuader d'insérer de telles clauses dans les contrats proposés aux consommateurs et aurait surtout découragé le consommateur d'agir en justice.

233. Aujourd'hui, la jurisprudence européenne est constante. Le remplacement de la clause abusive est soumis à deux conditions : le juge national doit apprécier si objectivement, l'élimination d'une clause abusive entraînerait la nullité du contrat dans son ensemble, et si cela aurait des conséquences particulièrement préjudiciables pour le consommateur<sup>131</sup>. Dans le cas contraire, le juge ne pourra préserver la validité du contrat. Pour évaluer ces conséquences particulièrement négatives, les juges nationaux doivent ici tenir compte des intérêts du consommateur et rechercher s'il serait pénalisé par la nullité du contrat.

234. Par conséquent, si ces conditions sont remplies, la Cour de justice a admis la possibilité pour la juridiction nationale de remplacer la clause abusive par une règle supplétive.

## 2- Le remplacement exceptionnel de la clause abusive par une règle supplétive

235. Aux termes de l'arrêt Kásler et Káslerné Rábai, il est permis au juge national de « *supprime[r] la clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif* »<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, Kásler et Káslerné Rábai, pt 84.

<sup>131</sup> Par ex. CJUE, 7 novembre 2019, aff. C-349/18, Kanyeba, pt 70.

<sup>132</sup> Pt 80, arrêt préc.



236. Se pose la question de savoir ce qu'est une règle de droit national à caractère supplétif. Comme le soulève la Commission européenne, « *la directive ne définit pas l'expression "disposition supplétive du droit national" et ne l'utilise pas non plus* »<sup>133</sup>. A priori, une règle de droit supplétif est une règle à laquelle il est possible de déroger. Aussi, cette règle pourrait remplacer celle qui a voulu y déroger et qui a été jugée abusive.

237. L'arrêt Dziubak de 2019, apporte une précision quant au possible remplacement de la clause. Dans cet arrêt, la Cour énonce que « *ladite possibilité de substitution est limitée aux dispositions de droit interne à caractère supplétif ou applicables en cas d'accord des parties* »<sup>134</sup>. La Cour explique que cette limitation est justifiée par le fait que ces dispositions sont censées ne pas contenir de clauses abusives, puisqu'elles reflètent l'équilibre que le législateur national a voulu établir entre l'ensemble des droits et des obligations des parties à certains contrats. Par conséquent, l'article 6§1 « *s'oppose à ce qu'il soit remédié aux lacunes d'un contrat, sur la seule base de dispositions nationales à caractère général prévoyant que les effets exprimés dans un acte juridique sont complétés, notamment, par les effets découlant du principe d'équité ou des usages* »<sup>135</sup>. De telles dispositions n'ont pas fait l'objet d'un contrôle du caractère abusif et, contrairement aux règles de droit supplétif, il ne peut être présumé.

238. Par ailleurs, il convient de rappeler que ce remplacement est exceptionnel et en principe interdit. Dans ses arrêts, la Cour de justice rappelle fréquemment ce caractère exceptionnel<sup>136</sup>.

239. Récemment la Cour de justice est venue admettre un nouveau moyen permettant le sauvetage du contrat, démontrant une nouvelle fois le fait que l'annulation du contrat comportant une clause abusive doit rester plus qu'exceptionnel.

---

<sup>133</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, pt 4.3.2.

<sup>134</sup> CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, Dziubak, pt 59.

<sup>135</sup> Pt 62, préc.

<sup>136</sup> CJUE 21 janv. 2015, aff. C-482/13, Unicaja Banco et Caixabank, pt 33 « *Toutefois, cette possibilité est limitée aux hypothèses* » ; 3 octobre 2019, aff. C-260/18, Dziubak, pt 59 « *ladite possibilité de substitution, qui fait exception à la règle générale* » ; 7 novembre 2019, aff. C-349-18, Kanyeba, pt 70 « *la Cour a admis une exception à ce principe* »

## B. L'invitation à la renégociation faite aux parties

240. Dans un important arrêt de la Cour de justice relatif à la subsistance du contrat, la Cour a rajouté une possibilité au juge national afin qu'il assure le sauvetage du contrat.

241. En l'espèce, un contrat de crédit avait été conclu avec un établissement bancaire. Une demande en constatation du caractère abusif de certaines clauses du contrat notamment du fait qu'elles permettaient à la banque de modifier arbitrairement le montant du taux d'intérêt variable. Les clauses ont été déclarées abusives. Toutefois, le contrat ne pouvait juridiquement subsister et il n'existait aucune disposition de droit national à caractère supplétif susceptible de se substituer aux clauses. Il a alors été demandé à la Cour si l'article 6§1 de la directive s'opposait à ce que, après ces constatations, le juge national invite les parties à négocier en vue d'établir un nouveau taux d'intérêt, sans encadrer ces négociations.

242. La Cour répond que lorsqu'en effet il est garanti que la clause ne lie pas le consommateur, mais que le contrat ne peut subsister et que cela causerait d'important préjudices au consommateur, si la clause ne peut être remplacée par une règle supplétive, *« il y a lieu de considérer que, [...], le niveau élevé de protection du consommateur, exige que, afin de restaurer l'équilibre réel entre les droits et les obligations réciproques des cocontractants, le juge national prenne, en tenant compte de l'ensemble de son droit interne, toutes les mesures [strictement] nécessaires afin de protéger le consommateur »*<sup>137</sup> et rétablir l'équilibre du contrat.

243. La Cour conclut donc au point 42, que le juge national peut inviter les parties à renégocier la clause litigieuse, à condition qu'il fixe le cadre de ces négociations et que l'objectif poursuivi soit de rétablir un équilibre réel. Par cette possibilité, la Cour offre un dernier recours au juge et aux parties pour sauver le contrat.

244. Comme le souligne Madame SAUPHANOR-BROUILLAUD, cette nouvelle possibilité pour le juge d'inviter les parties à négocier dans le cas d'une inexistence d'une disposition supplétive applicable, *« devrait rester exceptionnelle »*<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> CJUE, 25 novembre 2020, aff. C-269/19, Banca B, pt 41.

<sup>138</sup> Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Panorama Droit de la consommation Année 2020.

245. Ainsi peut-on conclure que, dans de rare cas, le contrat sera annulé. Il ne le sera que si le contrat ne peut subsister et si les effets pour le consommateur ne lui sont pas particulièrement préjudiciables. Tout va dans le sens du maintien du contrat sans la clause. Le remplacement par une règle supplétive devrait rester exceptionnel et plus encore la proposition de renégociation. Il est ainsi possible de réaliser à quel point le caractère non contraignant va permettre un rééquilibrage de la relation contractuelle permettant alors d'assurer une protection élevée du consommateur. Il ne vise en aucun cas à supprimer la relation contractuelle.

246. Les conséquences processuelles découlant du caractère non contraignant vont ensuite permettre une application efficace de ce caractère non contraignant et ainsi veiller à ce que l'équilibre du contrat soit effectivement restauré.

## **CHAPITRE 2 : LES CONSEQUENCES PROCESSUELLES**

247. Une fois les conséquences substantielles établies, il reste que le consommateur doit saisir une juridiction afin de pouvoir effectivement bénéficier de la protection qui lui est réservée. Du fait de l'infériorité du consommateur et de son manque de connaissances juridiques et de moyens financiers, il a été nécessaire d'adapter cette phase procédurale. Des règles spécifiques doivent prévoir que ceux qui en ont la compétence et la possibilité aident les consommateurs à faire appliquer leurs droits.

248. Si l'article 6§1 de la directive prévoit le caractère non contraignant des clauses abusives, l'article 7 impose aux Etats membres de veiller à ce que des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les clauses abusives soient mis en place. C'est ainsi que de l'article 6§1 et 7§1 de la directive, lu en combinaison, il en découle des conséquences processuelles. En effet, la Commission européenne explique que « *leurs objectifs ne peuvent être atteints que si les modalités de procédure nationales contribuent à leur réalisation et ne créent pas d'obstacles injustifiés* » dans la lutte contre les clauses abusives<sup>139</sup>. Deux grandes conséquences processuelles sont à souligner, le relevé d'office des clauses abusives (Section 1) et le caractère imprescriptible de l'action en constatation des clauses abusives (Section 2).

---

<sup>139</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, pt 5.1.

## **SECTION 1 : LE RELEVÉ D'OFFICE DES CLAUSES ABUSIVES**

249. « *L'office du juge est une question centrale en droit de la consommation. Une protection effective des consommateurs suppose en effet que le juge ait un rôle actif* »<sup>140</sup>. La directive relative aux clauses abusives a été l'une des premières pour lesquelles une obligation de relever d'office a été consacrée. En effet, le juge national a l'obligation de relever d'office les clauses abusives (§1). Cette obligation imposée par l'Union européenne représente une mise en œuvre des principes d'effectivité et d'équivalence du droit de l'Union européenne (§2).

### **§1 L'obligation de relever d'office les clauses abusives**

250. Il s'agissait à l'origine d'une faculté mais depuis quelques années déjà, les juges nationaux ont l'obligation de relever d'office les clauses abusives présentes dans les contrats de consommation (A.). L'étendue de ce relevé d'office, très large, n'est pourtant pas illimité (B.).

#### **A. D'une faculté à une obligation de relever d'office les clauses abusives**

251. La question du relevé d'office a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle au niveau européen (1-). Les Etats membres ayant dû se mettre en conformité, le cas de la France sera étudié (2-).

##### **1- L'évolution de la jurisprudence européenne**

252. Dans un premier temps, la Cour de justice n'avait reconnu que la simple faculté pour le juge national de soulever d'office le caractère abusif d'une clause et ainsi de l'écarter. La Cour expliquait alors que « *la faculté pour le juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause constitue un moyen propre à la fois à atteindre le résultat fixé à l'article 6 de la directive, à savoir empêcher qu'un consommateur individuel ne soit lié par une clause abusive, et à contribuer à la réalisation de l'objectif visé à son article 7, dès lors qu'un tel*

---

<sup>140</sup> Jean-Denis PELLIER, Retour sur l'obligation pour le juge de relever d'office les dispositions protectrices des consommateurs, Dalloz actualité, 22 avril 2020.

*examen peut avoir un effet dissuasif pour le professionnel* »<sup>141</sup>. Le relevé d'office est notamment justifié par le fait que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité tant au niveau de la négociation des termes du contrat qu'au niveau de la connaissance de ses droits.

253. Quelques années plus tard, la Cour est venue renforcer le niveau de protection octroyé aux consommateurs en imposant aux juges nationaux de soulever d'office le caractère abusif des clauses. Aussi, le juge sera tenu de déclarer abusif une clause quand bien même le consommateur ne l'aurait pas saisi de cette demande. Il ne s'agit plus d'une faculté mais bien d'une obligation incombant au juge. Cette obligation vient également renforcer l'effet dissuasif de la sanction puisque le professionnel ne pourra plus se croire à l'abri d'une sanction du fait de l'ignorance du consommateur.

254. C'est d'abord en 2006, avec l'arrêt *Mostaza Claro*, que la Cour de justice vint exiger des juges nationaux qu'ils relèvent d'office les clauses abusives présentes dans les contrats de consommation. En effet, « *la nature et l'importance de l'intérêt public [de la directive] justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle* »<sup>142</sup>.

255. Cet arrêt fut ensuite confirmé en 2009 par l'arrêt *Pannon GSM*. Dans cet arrêt relatif à une clause attributive de compétence, la Cour de justice explique à juste titre qu'il serait contraire à l'article 6§1 d'admettre que c'est uniquement dans les cas où le consommateur a introduit une demande à ce sujet, qu'une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur. Dans cet arrêt, la Cour confirme de manière très explicite cette obligation de relever d'office les clauses abusives. Elle énonce en effet, que « *le rôle qui est attribué au juge national [...] comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* »<sup>143</sup>. Depuis, la Cour de justice ne cesse de rappeler ce devoir qui incombe aux juges nationaux<sup>144</sup>.

256. À la suite de ces décisions, le droit français a dû se mettre en conformité avec le droit européen afin de consacrer cette obligation de relever d'office pesant sur le juge.

---

<sup>141</sup> CJCE, 27 juin 2000, aff. C-244/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, pt 28.

<sup>142</sup> CJUE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, pt 38.

<sup>143</sup> CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*.

<sup>144</sup> Par ex. CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito* ; CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*.

## 2- La mise en conformité en droit français

257. Dans un arrêt du 10 juillet 2002, la Cour de cassation, en sa première chambre civile, avait reproché au juge d'avoir relevé d'office une disposition du code de la consommation. Elle avait ainsi cassé l'arrêt au motif que « *la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de celui que ces dispositions ont pour objet de protéger* »<sup>145</sup>. En l'espèce, le consommateur qui avait bénéficié du relevé d'office n'avait comparu ni en première instance, ni en appel. Par cet arrêt, la Cour de cassation faisait donc interdiction au juge de relever d'office les règles du code de la consommation. Certains auteurs concluaient ainsi que la Cour de cassation prenait « *clairement position pour dénier aux juges du fond le pouvoir de soulever d'office* » les règles issues du code de la consommation et évoquaient une « *neutralité procédurale* »<sup>146</sup>.

258. Toutefois, cette jurisprudence française était en contradiction avec la jurisprudence Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, qui instaurait une faculté de relever d'office les clauses abusives.

259. C'est alors que le législateur français avait introduit, par la loi dite Chatelle<sup>147</sup>, l'article L.141-4 du Code de la consommation, lequel disposait que « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». Le droit français semblait donc être en conformité avec le droit de l'Union européenne, et même aller au-delà puisque la faculté de relever d'office ne se limitait pas au seul régime des clauses abusives.

260. Seulement, depuis la jurisprudence Mostaza Claro de 2006, le relevé d'office des clauses abusives était devenu obligatoire. Il a donc fallu se mettre une nouvelle fois en conformité avec cette jurisprudence. C'est donc par la loi Hamon en 2014<sup>148</sup>, qu'un second aliéna fut ajouté à l'article L.141-4, « *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* ». Depuis la recodification du code de la consommation, le relevé d'office figure à l'article R.632-1 dudit code.

261. Notons toutefois, que la jurisprudence européenne a une nouvelle fois évolué concernant le relevé d'office du juge. L'Union européenne s'engage en effet vers une

---

<sup>145</sup> Cass. 1re civ., 10 juill. 2002, n° 00-22.199.

<sup>146</sup> Jacques MESTRE, Bertrand FAGES, Variations autour de l'ordre public, RTD civ., 2003, p. 85.

<sup>147</sup> Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

<sup>148</sup> Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

généralisation du relevé d'office, allant au-delà de la réglementation des clauses abusives. Désormais, le juge a obligation de relever d'office toutes les dispositions émanant des directives européennes de protection des consommateurs<sup>149</sup>. En droit français, c'est un arrêt qui est venu mettre en œuvre cette nouvelle jurisprudence européenne. La Cour de cassation a ainsi énoncé que « *si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, même si le demandeur ne les a pas invoquées* »<sup>150</sup>.

262. Le juge national a donc obligation de relever d'office les clauses abusives dans les contrats de consommation. Cela permet de garantir la protection du consommateur qui, souvent, méconnaît ses droits. Cependant, se pose la question de l'étendu de l'obligation de relever d'office. Jusqu'à quel point le juge doit-il soulever d'office le caractère abusif d'une clause ?

### **B. L'étendue du relevé d'office**

263. La Cour de justice impose ce relevé d'office lorsque le juge dispose des éléments de droit et de fait nécessaires. Ceci respecte le principe du contradictoire qui veut que le juge ne puisse fonder sa décision que sur des faits qui lui ont été apportés lors des débats prévus à cet effet. En droit français, ce principe est défini à l'article 16 du Code civil de procédure. Mais la Cour est allée encore plus loin dans le but de rendre possible ce relevé d'office en imposant aux juges nationaux d'ordonner d'office des mesures d'instruction en vue de l'établissement de ces éléments s'ils n'étaient pas dans le débat<sup>151</sup>.

264. Par ailleurs, ce relevé d'office peut avoir lieu à tout moment de la procédure selon la Cour de justice. En effet, à partir du moment où le juge dispose des éléments nécessaires pour conclure au caractère abusif de la clause, celui-ci est obligé d'en tirer toutes les conséquences qui en découlent et ce, quel que soit le stade d'avancement de la procédure.

---

<sup>149</sup> CJUE, 4 juin 2015, aff. C-497/13, Faber, pt 42 et s. ; CJUE, 21 avril 2016, aff. C-377/14, Radlinger et Radlingerová, pt 66 et s.

<sup>150</sup> Cass. Ch. Mixte, 7 juillet 2017, n°15-25.651 ; dans le même sens Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 20 févr. 2019, n° 17-28.819.

<sup>151</sup> CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, VB Pénzügyi Lízing, pt 56 ; également en ce sens : 11 mars 2020, aff. C-511/17, Lintner ; 4 juin 2020, aff. C-495/19, Kancelaria Medius ;



C'est ainsi qu'il a été jugé que le relevé d'office pouvait avoir lieu *in limine litis*<sup>152</sup>, en appel<sup>153</sup> et même lorsqu'il y a déjà autorité de chose jugée<sup>154</sup>.

265. Comme le soulignent certains auteurs, la Cour de justice a octroyé au juge national « *des pouvoirs exorbitants, l'autorisant à outrepasser son droit national, afin d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause à tout moment de la procédure* »<sup>155</sup>.

266. En 2020, la Cour de justice est venue apporter de nouvelles précisions quant à l'étendue du relevé d'office. Le juge est uniquement tenu d'examiner les clauses liées au litige.

267. C'est dans un arrêt du 11 mars 2020, que la Cour a en effet énoncé que « *l'effectivité de la protection que le juge national concerné est réputé accorder au consommateur par une intervention d'office, ne saurait aller jusqu'à ignorer ou excéder les limites de l'objet du litige tel que les parties l'ont défini par leurs prétentions, de telle sorte que ledit juge national n'est pas tenu d'étendre ce litige [...], en analysant, de manière individuelle, toutes les autres clauses d'un contrat* »<sup>156</sup>.

268. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de prêt hypothécaire libellé en devise étrangère contenant une clause qui permettait au professionnel de modifier unilatéralement le contenu du contrat. Le consommateur souhaitait donc voir la clause annulée sur le fondement des clauses abusives. La juridiction nationale s'est alors demandée si elle était tenue d'apprécier le caractère abusif de toutes clauses figurant dans la convention de crédit. La Cour de justice a donc répondu par la négative. A défaut, le juge se prononcerait ultra petita et ne respecterait pas le principe dispositif selon lequel le procès civil est la chose des parties. Le juge doit se prononcer uniquement sur ce que les parties réclament, objet du litige, et non aller au-delà.

269. Ainsi, le juge ne doit se prononcer d'office que sur les clauses liées au litige, et ce même si elles n'ont pas été soulevées par le demandeur. En revanche, les clauses qui ne concernent pas l'objet du litige ne doivent pas être examinées individuellement. Toutefois, la Cour de justice impose une nouvelle fois au juge d'adopter d'office des mesures d'instruction pour pouvoir examiner les clauses présentant un lien avec l'objet du litige<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, Banco español de Crédito, pt 53.

<sup>153</sup> CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, Jörös, pt 38.

<sup>154</sup> CJUE, 26 janvier 2017, aff. C-421/14, Banco primus, pt 54.

<sup>155</sup> Gaël CHANTEPIE, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Déséquilibre significatif, Répertoire de droit commerciale, mai 2019 (actualisation : Février 2021), pt 89 et s.

<sup>156</sup> CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, Lintner, pt 30.

<sup>157</sup> CJUE, 26 novembre 2020, aff. C-807/19, DSK Bank et FrontEx International, pt 52.

Par ailleurs, la Cour ne rejette pas la possibilité pour les Etats membres de prévoir un contrôle d'office plus étendu en vertu de l'article 8 de la directive.

270. « *Finalement, la Cour adopte une solution qui se veut de compromis et équilibrée* », selon Monsieur PIEDELIEVRE<sup>158</sup>.

271. Par cette exigence de relevé d'office, l'Union européenne s'immisce dans l'autonomie procédurale des Etats membres. Le relevé d'office est un parfait exemple de la mise en œuvre des principes d'équivalence et d'effectivité.

## **§2 Une mise en œuvre des principes d'équivalence et d'effectivité**

272. En principe, les Etats membres conserve leurs pouvoirs en ce qui concerne les règles de procédure, l'Union européenne n'ayant qu'une compétence d'attribution<sup>159</sup>. Toutefois, l'Union européenne impose parfois des exigences procédurales sur le fondement des principes d'équivalence (A.) et d'effectivité (B.).

### **A. Le principe d'équivalence**

273. L'harmonisation des législations en droit européen repose, en principe, uniquement sur les règles de fonds, à l'exclusion des règles de procédures. Il s'agit d'une « autonomie procédurale », en ce que l'UE n'entend pas créer des voies de droit autres que celles établies par les droits nationaux. Cela signifie donc que les questions relatives à la détermination de la juridiction compétente, à la qualité et l'intérêt du justiciable, aux délais de recours, à l'autorité de la chose jugée, à la preuve ainsi qu'au relevé d'office, relèvent de la compétence des Etats et de leur droit national<sup>160</sup>.

274. Néanmoins, cette autonomie est parfois limitée par les principes d'équivalence et d'effectivité. En effet, la Cour de justice a établi que, dans la mesure où les règles de procédure des États membres affectent l'application des droits prévus par le droit de l'Union européenne, ces règles doivent être conformes aux principes d'équivalence et

---

<sup>158</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, Office du juge et clauses abusives, Gaz. Pal., septembre 2020, n°386n7, p.35.

<sup>159</sup> Fabrice PICOD, Synthèse – Juridictions nationales et application du droit de l'Union européenne, JCl. Europe Traité, actualisation : février 2020, pt 1.

<sup>160</sup> Fabrice PICOD, préc., pt 7.

d'effectivité<sup>161</sup>. Les Etats membres ont l'obligation d'assurer et mettre en œuvre une protection effective du droit de l'union européenne.

275. Le principe d'équivalence signifie que les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits des justiciables issus du droit de l'Union ne doivent pas être moins favorables que les modalités des recours similaires de droit interne. Il y a donc une exigence d'égalité de traitement. « *Ce que le juge peut faire ou doit faire pour les règles nationales de même rang, il doit le faire pour les règles d'origine communautaire* »<sup>162</sup>.

276. Dans l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*, le relevé d'office de la clause abusive avait été imposé au juge, malgré l'autorité de la chose jugée, sur le fondement du principe d'équivalence. En l'espèce, il avait été demandé à la Cour si une juridiction nationale saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale ayant acquis la force de chose jugée est tenue de relever d'office le caractère abusif de la clause compromissoire contenue dans le contrat de consommation ainsi que d'annuler ladite sentence. La Cour de justice répond positivement en rappelant le principe d'équivalence qui s'impose aux Etats. S'agissant du droit espagnol, « *le juge saisi d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale définitive doit, selon les règles de procédure internes, apprécier d'office la contrariété entre une clause arbitrale et les règles nationales d'ordre public* ». L'article 6§1 de la directive étant une norme équivalente à une règle nationale d'ordre public<sup>163</sup>, il en découle que le juge national est « *également tenu d'apprécier d'office le caractère abusif de cette clause* »<sup>164</sup>. Aussi, lorsque le droit national prévoit une faculté ou obligation de relever d'office une règle d'ordre public, cela s'appliquera par équivalence à la règle découlant de l'article 6§1 de la directive 93/13 puisqu'il s'agit également d'une norme d'ordre public.

277. Plus encore que le principe d'équivalence, c'est le principe d'effectivité qui va permettre de comprendre cette obligation de relevé d'office imposée au juge national par la Cour de justice.

---

<sup>161</sup> CJUE, 18 mars 2010, aff. jointes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 *Alassini e.a.*, pt 49.

<sup>162</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, *Clauses abusives et office du juge*, RDC, 2010, p. 648.

<sup>163</sup> Voir supra n°46 et s.

<sup>164</sup> CJUE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, pt 53.

## B. Le principe d'effectivité

278. Le principe d'effectivité signifie que les règles de procédure interne ne peuvent être telles qu'elles rendent impossible ou excessivement difficile pour les consommateurs, l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union<sup>165</sup>. Comme l'explique Monsieur Fabrice PICOD, « *la vérification du respect d'un tel principe par la juridiction nationale exige de prendre en considération la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure et de ses particularités devant les diverses instances nationales* »<sup>166</sup>.

279. Le relevé d'office peut ainsi permettre d'appliquer de manière effective le droit de l'Union européenne. Toutefois, ce relevé d'office devrait se limiter aux seules règles européennes qui présentent une importance cruciale et qui sont d'intérêt public. L'importance de la règle doit justifier une intervention du juge. En revanche, il serait excessif et injustifié d'imposer le relevé d'office de toutes les règles du droit de l'Union européenne. Le droit de la consommation et plus particulièrement la disposition 6§1 de la directive de 93/13 est d'intérêt public, ce qui explique que la Cour de justice a voulu garantir par tout moyen son application effective.

280. En vertu de l'article 7§1 de ladite directive et en vertu du principe d'effectivité, les États membres doivent prévoir des recours effectifs permettant aux consommateurs d'invoquer le caractère abusif des clauses contractuelles et de bénéficier du régime protecteur qui en découle. Le consommateur ignore le plus souvent ses droits et dispose d'informations et de moyens limités. Ne pas relever d'office les clauses abusives reviendrait à rendre pour les consommateurs, excessivement difficile l'application de la protection qui leur ait réservée. Comme l'explique en effet la Commission européenne, afin d'établir s'il existe des recours effectifs, « *la Cour applique le critère général qui consiste à déterminer s'il existe un risque non négligeable que les consommateurs ne bénéficient pas d'une protection effective* »<sup>167</sup>, ce qui serait alors le cas pour les clauses abusives en l'absence d'obligation de relever d'office.

---

<sup>165</sup> CJUE, 15 avril 2010, aff. C-542/08, Barth, pt 17.

<sup>166</sup> Fabrice PICOD, Synthèse – Juridictions nationales et application du droit de l'Union européenne, JCl. Europe Traité, actualisation : février 2020, pt 9.

<sup>167</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, point 5.4.1.

281. Le relevé d'office se révèle indispensable pour protéger efficacement le consommateur contre les clauses abusives. En droit français, un récent arrêt nous permet de constater l'importance et l'impact du relevé d'office du juge sur la protection du consommateur. En 2020, la Cour de cassation, en relevant d'office le caractère abusif d'une clause compromissaire, est venue pour la première fois, écarter l'application de l'article 1448 du Code civil qui pose le principe de compétence-compétence, selon lequel le tribunal arbitral a compétence pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage, mais a en plus priorité pour se prononcer sur cette validité. Ainsi, la Cour de cassation marque un revirement de jurisprudence et énonce que le juge national doit relever d'office le caractère potentiellement abusif de la clause, ce qui représente une nouvelle exception au principe de compétence-compétence. Pour fonder sa décision, la première chambre rappelle le principe d'effectivité du droit de l'Union européenne. La Cour de cassation indique en effet *que « la règle procédurale de priorité édictée par [l'article 1448], ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder »*<sup>168</sup>. Grâce à ce relevé d'office, et au principe d'effectivité, le consommateur a pu être protégé contre une clause compromissaire abusive. Si cela n'avait pas été le cas, le consommateur n'aurait pu se soustraire à l'arbitrage du litige, qui, on le sait, présente de nombreux inconvénients pour les consommateurs, notamment son coût.

282. L'obligation de relever d'office est donc la première conséquence processuelle découlant du caractère non contraignant des clauses abusives. La seconde importante conséquence est l'absence de prescription de l'action en constatation des clauses abusives.

## **SECTION 2 : LE CARACTERE IMPRESCRIPTIBLE DE L'ACTION EN CONSTATATION DES CLAUSES ABUSIVES**

283. La prescription est une limite au droit d'agir en justice. Une fois le délai dépassé, le droit d'action en justice s'éteint. En droit de la consommation, il est parfois nécessaire d'adapter les règles de prescription afin de ne pas trop limiter les droits des consommateurs et leur permettre de bénéficier d'une protection effective. En matière de clauses abusives,

---

<sup>168</sup> Cass. 1re civ., 30 septembre 2020, n° 18-19.241, Pricewaterhouse.

l'action en constatation du caractère abusif se veut imprescriptible, tant au niveau européen (§1) qu'au niveau national, en droit français (§2).

## **§1 Le caractère non contraignant et l'absence de délai de prescription**

284. La Cour de justice semble, sur le fondement de l'article 6§1 de la directive 93/13/CE, consacrer l'imprescriptibilité de l'action en constatation des clauses abusives (A.). Cependant, certaines limites à cette imprescriptibilité sont à noter (B.).

### **A. La consécration du caractère imprescriptible des clauses abusives**

285. Il s'agira d'analyser le principe posé par la Cour de justice de l'Union européenne (1-) et les raisons de cette absence de prescription (2-).

#### 1- Le principe

286. Le premier pas en faveur de l'imprescriptibilité du régime des clauses abusives fut posé en 2002 dans l'affaire Cofidis.

287. En l'espèce, après la conclusion d'un contrat de crédit et plusieurs échéances impayées, le professionnel avait assigné les consommateurs en paiement des sommes dues. Le juge national a cependant estimé que les clauses relatives au taux d'intérêts conventionnel et la clause pénale n'étaient pas claires et devaient être jugées abusives. Cependant, l'article L. 311-37 Code de la consommation disposait à l'époque que les actions en matière de crédit à la consommation « doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ». Les deux étant en l'espèce écoulés, le juge national s'est alors demandé s'il pouvait soulever d'office la clause abusive ou si le délai de forclusion y faisait obstacle. C'est alors que la Cour de justice, après avoir vérifié le caractère abusif des clauses, a répondu que la directive 93/13/CEE, « *s'oppose à une réglementation interne qui, (...), interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat* »<sup>169</sup>. Aussi, le juge pouvait relever d'office la clause abusive malgré le dépassement du délai de forclusion.

---

<sup>169</sup> CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, Cofidis, pt 35.

288. Cet arrêt a été fortement critiqué par une partie de la doctrine<sup>170</sup>. Cependant, force est de constater que cette jurisprudence est favorable à l'emprunteur et protectrice du consommateur, victime d'une clause abusive. Que le juge le soulève d'office ou que le consommateur en fasse la demande, « *le caractère abusif d'une clause d'un crédit à la consommation pourra toujours être relevé après l'expiration du délai de forclusion* »<sup>171</sup>. Cet arrêt marquait la fin de la jurisprudence française qui faisait interdiction aux juges de relever, qui plus est d'office, les anomalies qu'il constatait après l'expiration des deux ans de forclusion<sup>172</sup>.

289. La Cour de justice a ensuite confirmé cette position dans de nouveaux arrêts. Par exemple en 2015, elle a indiqué que les articles 6 et 7 s'opposaient à une disposition de droit transitoire qui imposaient aux consommateurs d'agir sur le fondement des clauses abusives dans un délai d'un mois<sup>173</sup>. Cette décision fut réitérée en 2017 dans l'arrêt *Banco Primus*<sup>174</sup>.

290. Jamais la Cour ne parle d'imprescriptibilité, elle ne fait que refuser l'application d'un délai de forclusion. En revanche, la Commission européenne vient confirmer ce caractère imprescriptible en énonçant que « *le caractère non contraignant des clauses contractuelles abusives ne peut en soi être soumis à des délais de prescription* »<sup>175</sup>. Il faut comprendre que l'objectif poursuivi de la directive 93/13/CE ne peut aller que dans le sens d'une imprescriptibilité. En effet, il est difficilement envisageable que la déclaration du caractère abusif des clauses soit soumise à un quelconque délai et ce, pour diverses raisons.

## 2- Les raisons de l'absence de prescription

291. Dans l'affaire *Cofidis*, il était indiqué que la Commission européenne soutenait que la fixation d'une limite temporelle au pouvoir reconnu au juge de relever d'office l'illégalité d'une clause abusive serait contraire aux objectifs de la directive. A l'inverse, le gouvernement français ainsi que le professionnel en cause soutenaient que fixer un délai de

---

<sup>170</sup> Cyril NOURRISSAT, Droit communautaire et forclusion biennale : L'étrange effet utile de l'esprit de la directive « clauses abusives » !, D. 2003. 486.

<sup>171</sup> Valérie AVENA-ROBARDET, La forclusion s'incline devant les clauses abusives, D. 2002. 3339.

<sup>172</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 1996 Bull. civ. I, n° 11 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 févr. 2000.

<sup>173</sup> CJUE, 29 octobre 2015, aff. C-8/14, *BBVA*, pt 42.

<sup>174</sup> CJUE, 26 janvier 2017, aff. C-421/14, *Banco Primus*.

<sup>175</sup> Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019, point 5.4.2.

forclusion ou non, relevait de la compétence étatique et de l'autonomie procédurale qui leur était réservée, de sorte que la Cour ne pouvait s'immiscer dans cette modalité procédurale. Toutefois, la Cour de justice en a jugé autrement puisqu'elle refuse que le délai de forclusion empêche la prononciation du caractère abusif d'une clause.

292. La Cour de justice, pour refuser cela, met une nouvelle fois en œuvre le principe d'effectivité. Une prescription de l'action serait contraire à la protection effective des consommateurs. Aussi, tout comme l'ignorance des consommateurs a permis d'imposer au juge le relevé d'office, cette ignorance a justifié que l'action ne soit pas soumise à prescription. Cela ne serait ni effectif pour la protection du consommateur, ni dissuasif pour le professionnel d'insérer des clauses abusives. En effet, admettre un tel délai rendrait le recours du consommateur particulièrement difficile voire impossible, et ce car il est souvent ignorant de ses droits. De plus, cela ne serait pas dissuasif pour le professionnel puisque comme le souligne la Cour « *il suffit en effet aux professionnels, pour priver les consommateurs du bénéfice de cette protection, d'attendre l'expiration du délai fixé par le législateur national pour demander l'exécution des clauses abusives qu'ils continueraient d'utiliser dans les contrats* »<sup>176</sup>.

293. Une autre raison peut justifier l'absence de prescription. Comme il a été vu, l'un des effets du caractère non contraignant des clauses abusive est que l'action en justice est facultative pour le consommateur<sup>177</sup>. L'action en justice ne visera qu'à s'assurer que la clause ne lie effectivement pas le consommateur. La clause est présumée ne jamais avoir existée, ainsi il s'agit d'une action en constatation du caractère abusif. L'inexistence justifie donc qu'il n'y est pas de prescription. Comment serait-il possible de soumettre à un délai de prescription l'action visant à reconnaître l'inexistence d'une clause ? Le caractère non contraignant implique donc que le consommateur ne puisse être empêché, par un quelconque délai de prescription, de demander à un professionnel de supprimer une clause abusive, de demander au juge de déclarer l'éradication de la clause ou de s'opposer à la demande du professionnel visant à faire appliquer la clause présumée abusive.

---

<sup>176</sup> CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, Cofidis, pt 35.

<sup>177</sup> Voir supra n°65.



294. Aussi, l'action du consommateur, ou d'une association de défense des consommateurs, ne saurait être soumise à un délai de prescription conformément au droit européen. Néanmoins, rien n'empêche que les actions qui pourraient découler de la disparition d'une clause abusive, soient soumises à un délai de prescription.

### **B. Les quelques limites temporelles de la constatation d'une clause abusive**

295. Bien que l'action en constatation soit imprescriptible, il peut en être autrement des actions en demande de restitution de paiements effectués sur la base d'une clause abusive. L'arrêt du 9 juillet 2020, Raiffeisen Bank, vient apporter d'importantes précisions quant à la prescription de l'action en restitution résultant de la constatation judiciaire d'une clause abusive.

296. En l'espèce, la question préjudicielle a été posée par une juridiction roumaine. En droit roumain, l'action en constatation de la nullité absolue, qui sanctionne les clauses abusives, a un caractère imprescriptible. Le consommateur peut à tout moment, même après la fin du contrat, agir en justice pour faire constater le caractère abusif des clauses. Ce qui respecte alors les exigences européennes. En revanche, selon les juridictions roumaines le consommateur doit introduire une action en restitution dans un délai de trois ans à compter de la constatation de la nullité des clauses abusives. La juridiction de renvoi souhaitait que le point de départ de ce délai démarre à la date à laquelle le contrat prend fin. En effet, selon elle, le consommateur, libéré de ses obligations envers le professionnel, ne serait plus en situation d'infériorité. De plus, à cette date, le consommateur devrait avoir connaissance du caractère abusif des clauses. D'après la juridiction de renvoi, « *une telle approche éviterait que le déclenchement du délai de prescription de trois ans ne dépende de la seule volonté du consommateur, mais n'affecterait pas la possibilité pour celui-ci de demander à tout moment la constatation du caractère abusif de clauses contractuelles d'un contrat conclu avec un professionnel, attirant ainsi l'attention des professionnels sur le caractère illicite de ces clauses* »<sup>178</sup>.

297. Il a alors été demandé à la Cour de justice, s'il était possible, conformément à la directive 93/13, qu'une réglementation nationale soumette à un délai de prescription l'action visant à faire valoir les effets restitutifs de la constatation des clauses abusives, tout en

---

<sup>178</sup> CJUE, 9 juillet 2020, aff. C-698/18, Raiffeisen Bank, pt 30.

prévoyant que l'action tendant à constater la nullité d'une clause abusive conserve son caractère imprescriptible.

298. Pour répondre à cette question, la Cour de justice rappelle premièrement qu'une réglementation interne ne peut interdire au juge national, à l'expiration d'un délai de forclusion, de relever le caractère abusif d'une clause insérée dans un contrat de consommation. Le caractère imprescriptible soulevé par l'arrêt Cofidis est ainsi réaffirmé par la Cour de justice. Cependant elle rappelle également que, comme elle avait pu l'énoncer dans l'arrêt Gutiérrez Naranjo en 2016, la protection du consommateur ne revêt pas un caractère absolu et qu'ainsi la fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique est compatible avec le droit de l'Union. Dès lors, la directive de 1993 « *ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, tout en prévoyant le caractère imprescriptible de l'action tendant à constater la nullité d'une clause abusive, soumet à un délai de prescription l'action visant à faire valoir les effets restitutifs de cette constatation, pour autant que ce délai ne soit pas moins favorable que celui concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'il ne rende pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, en particulier la directive 93/13 (principe d'effectivité)* »<sup>179</sup>.

299. Aussi, à partir du moment où les principes d'équivalence et d'effectivité sont respectés, la fixation de délais pour une action en restitution à la suite de la constatation d'une clause abusive est possible et relève de l'autonomie procédurale des Etats membres. Il faut donc distinguer l'action en constatation qui est, elle, imprescriptible des autres actions découlant de cette constatation, qui peuvent être soumises à un délai de prescription, pourvu qu'il soit raisonnable.

300. En revanche, la Cour de justice apporte une seconde précision très importante relative au point de départ de ce délai de prescription. La juridiction de renvoi voulait donc que celui-ci commence à la date à laquelle le contrat se finit. Cependant, la Cour a estimé que ce point de départ serait contraire non seulement au principe d'effectivité, en ce que présumer, sans vérification, la connaissance du consommateur sur le caractère abusif des clauses rendrait excessivement difficile l'exercice des droits du consommateur, mais serait également contraire au principe d'équivalence puisque le droit interne prévoit que ce même délai commence à courir à partir de la constatation judiciaire<sup>180</sup>. Aussi, un délai de trois ans

---

<sup>179</sup> CJUE, aff. C-698/18, préc., pt 58.

<sup>180</sup> CJUE, aff. C-698/18, préc., pts 64 et s.

a été jugé en principe raisonnable par la Cour de justice, mais son point de départ ne peut être celui de la date à laquelle le contrat est intégralement exécuté. Une nouvelle fois, la Cour de justice vient limiter l'autonomie procédurale des Etats membres.

301. Les actions en constatation des clauses abusives sont imprescriptibles conformément aux exigences européennes, le réputé non écrit en droit français garantit ceci puisque cette sanction est également dépourvue de délai de prescription.

## **§2 Le « réputé non écrit » et l'absence de délai de prescription**

302. Depuis un arrêt de 2019, il est désormais certain que l'action en constatation des clauses abusives, sanctionnée par le réputé non écrit, n'est pas soumise à une prescription (A.). La jurisprudence antérieure relative au réputé non écrit laissait déjà entrevoir le caractère imprescriptible propre à la sanction du réputé non écrit (B.).

### **A. L'absence de délai de prescription des actions en constatation des clauses abusives en droit français**

303. Dans un arrêt du 9 mars 2018, la Cour d'appel avait refusé le caractère imprescriptible de l'action visant à constater les clauses abusives. En l'espèce, le professionnel (une banque) soulevait une fin de non-recevoir tirée de la prescription et soutenait que l'action tendant à voir réputer non écrite une clause abusive doit être soumise à la prescription de droit commun, de sorte que la demande du consommateur visant à faire déclarer des clauses abusives était irrecevable. De son côté, le consommateur faisait valoir que la sanction reconnue aux clauses abusives, le réputé non écrit, était dépourvu de prescription. Il s'était pour cela appuyé sur les jurisprudences antérieures de la Cour de cassation qui consacraient « l'imprescriptibilité » du réputé non écrit, sur la jurisprudence européenne (arrêt Cofidis), ainsi que sur une réponse ministérielle du Garde des Sceaux qui avait énoncé que « *la clause réputée non écrite est considérée comme n'ayant pas d'existence et de ce fait, aucune prescription ne court (question n°67013 réponse publiée au JO le 12 octobre 010 page 11212)* ».

304. Malgré cet argumentaire construit, la Cour d'appel l'avait rejeté, allant ainsi dans le sens du professionnel. Elle a d'abord constaté qu'aucun texte ne prévoit l'imprescriptibilité de l'action tendant à voir réputer non écrite une clause qui serait abusive. Puis elle énonce que le consommateur « *ne produit aucune décision de la Cour de cassation statuant sur la prescription de l'action ou des demandes portant sur des clauses abusives en matière contractuelle, que les recherches de la Cour, qui ne sont peut-être pas exhaustives, sur ce sujet, sont demeurées vaines. L'application des jurisprudences précitées aux clauses abusives de l'article L212-1, ne revêt aucun caractère d'évidence* »<sup>181</sup>. Aussi, la Cour d'appel refusait de reconnaître que l'action relative aux clauses abusives présentes dans les contrats de consommation est dépourvue de prescription. Selon elle, reconnaître cela constituerait une atteinte réelle à l'ordre social et créerait une insécurité juridique majeure.

305. Néanmoins, et peut être heureusement, cette argumentation de la Cour d'appel de Paris n'a pas été retenue par la Cour de cassation. En effet, par un arrêt du 13 mars 2019, la Cour de cassation a retenu que « *la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale* »<sup>182</sup>. En l'espèce, il s'agissait de prêts libellés en devise étrangère consentis par une banque à un couple de consommateurs. Invoquant le caractère ruineux du financement en raison de la dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse, les emprunteurs ont assigné la banque en nullité des prêts, subsidiairement en déchéance du droit aux intérêts, ainsi qu'en paiement de dommages-intérêts. Le professionnel a alors fait grief à l'arrêt de rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de la demande relative aux clauses abusives. En effet, dans son arrêt, la Cour d'appel de Metz avait reconnu l'absence de prescription de l'action en constatation des clauses abusives, décision attaquée par le professionnel.

306. Aussi, la Cour de cassation valide la solution retenue par la Cour d'appel de Metz et reconnaît le caractère imprescriptible de l'action relative aux clauses abusive. La prescription de droit commun ne trouve pas à s'appliquer. Comme le soulève Monsieur PELLIER, « *la décision est importante et jette une lumière certaine sur la sanction civile attaché aux clauses abusives en droit de la consommation ainsi qu'en droit commun, par*

---

<sup>181</sup> CA Paris, 9 mars 2018, n°14/26101, p. 18 et s.

<sup>182</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 13 mars 2019, n°17-23.169.

*extension* »<sup>183</sup>. Cet arrêt a beaucoup été discuté par la doctrine, parfois salué<sup>184</sup>, parfois critiqué<sup>185</sup>.

307. Quoi qu'il en soit, cet arrêt renforce et affirme la distinction entre le réputé non écrit et la nullité<sup>186</sup>. Comme pour le caractère non contraignant des clauses abusives, l'action en constatation du réputé non écrit, de manière générale, doit être imprescriptible puisque, par la fiction juridique, la clause litigieuse est censée n'avoir jamais existée. La constatation d'une inexistence ne saurait être soumise à un délai. Beaucoup d'auteurs voient donc cette décision comme affirmant l'imprescriptibilité du réputé non écrit de manière générale, non pas seulement appliqué aux clauses abusives. « *Rien dans l'arrêt ne permet de penser que la solution serait réservée aux clauses abusives du droit de la consommation* »<sup>187</sup>.

308. Ainsi, cet arrêt de 2019 démontre que le réputé non écrit se veut être imprescriptible. Dans son arrêt du 8 avril 2021, la Cour de cassation est encore plus explicite, « *La demande tendant à voir une clause abusive réputée non écrite, qui ne s'analyse pas en une demande d'annulation, n'est pas soumise à la prescription* »<sup>188</sup>. Cela démontre par ailleurs, la pertinence de la sanction choisie pour les clauses abusives, en ce qu'elle permet d'être en conformité avec le droit de l'Union européenne.

309. La Cour de cassation, ainsi que le législateur, appuyés par une partie de la doctrine, avaient déjà semblé vouloir consacrer le caractère imprescriptible du réputé non écrit.

## **B. Les précédents en faveur d'une absence de prescription du réputé non écrit**

310. Comme le souligne Madame ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *des "petits pas" déjà accomplis en faveur de l'imprescriptibilité du réputé non écrit suffisaient à rendre la*

---

<sup>183</sup> Jean-Denis PELLIER, De la distinction entre la nullité et le réputé non écrit, Dalloz Actualité, 01 avril 2019.

<sup>184</sup> Par ex. J.-D. PELLIER, préc., « *Il est donc salutaire que la première chambre civile se soit clairement prononcée à ce sujet dans un arrêt du 13 mars 2019 dans le contexte des prêts libellés en francs suisses* » ; Hugo BARBIER, L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ?, RTD Civ., 2019 p.334 : « *Les enjeux d'une telle question grandissent à mesure que le réputé non écrit s'étend* ».

<sup>185</sup> H. BARBIER, préc., « *Or de texte spécial prévoyant l'imprescriptibilité de l'action en réputé non écrit d'une clause, il n'en existe pas. On ne voit pas, par conséquent, comment le juge pourrait décréter qu'une telle action échappe à la prescription* ».

<sup>186</sup> Voir supra n°123.

<sup>187</sup> Anne ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, A propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit est imprescriptible... et autres solutions entre droit commun des contrats et droit de la consommation, D. 2019, p. 1033.

<sup>188</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 avril 2021, n°19-17.997.

*solution prévisible, sinon déjà établie* »<sup>189</sup>. En effet, dans le cadre des baux commerciaux et du règlement de copropriété, le Cour de cassation avait déjà commencé à prendre partie pour une imprescriptibilité du réputé non écrit.

311. Dans un arrêt du 23 janvier 2008, la Cour de cassation avait cassé un arrêt d'une Cour d'appel qui avait, au lieu de la nullité prévue par le texte L145-16 du Code de commerce, prononcé le réputé non écrit de la clause ayant pour effet de faire échec au droit au renouvellement institué par la loi. Monsieur FAGES expliquait ainsi que « *ce faisant, la cour d'appel entendait faire profiter le preneur du caractère perpétuel de la mesure consistant à réputer une clause non écrite* »<sup>190</sup>. Cela avait en effet permis à la Cour d'appel de contourner le délai de prescription prévu en cas de nullité. En l'espèce, le délai de prescription avait été dépassé, la nullité n'aurait donc pas pu être prononcée. La Cour d'appel a alors déclaré la clause réputée non écrite, ce que la Cour de cassation a cassé puisque le texte prévoyait expressément la nullité. Outre le fait de confirmer la distinction entre les deux notions, cela confirme également leur différence de régime. En effet, le réputé non écrit aurait pu être prononcé, le délai de prescription ne s'appliquant qu'au prononcé d'une nullité.

312. A la suite de cette jurisprudence, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite Pinel, a modifié les articles 145-15 et L. 145-16 du code de commerce. Désormais, les clauses ayant pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le Code de commerce sont réputées non écrites, elles ne sont plus nulles. Certains auteurs ont interprété cela comme étant « *l'objectif annoncé d'évincer toute prescription* »<sup>191</sup>, le législateur ayant suivi « *l'invitation que lui aurait faite la Cour de cassation en jugeant qu'il n'appartenait pas à une cour d'appel de réputer non écrite la clause frappée de nullité pour la soustraire à cette prescription biennale* »<sup>192</sup>.

313. Il est désormais certain que l'action tendant à voir réputer non écrite une clause du bail commercial n'est pas soumise à prescription, c'est ce qui a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 19 novembre 2020<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, préc.

<sup>190</sup> B. FAGES, Clause nulle ou clause réputée non écrite ?, RTD Civ., 2008 p.292

<sup>191</sup> A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, préc.

<sup>192</sup> Alexis Posez, De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite, D. 2014. 2119.

<sup>193</sup> Cass. 3<sup>e</sup> Civ., 19 novembre 2020, n°19-20.405.

314. Bien qu'aucun texte légal ne prévoie expressément l'imprescriptibilité du réputé non écrit, tous ces éléments laissent à penser que c'est pourtant le cas. Pour ce qu'il y a de clauses abusives, il s'agit d'une exigence européenne que la sanction de telles clauses ne soit pas limitée par le temps.

315. Par ces conséquences processuelles, le relevé d'office et l'absence de prescription de l'action en justice, le consommateur est grandement aidé et sa protection est garantie. Ayant un rôle actif, le juge facilitera la répression des clauses abusives et l'absence de limite temporelle permettra une répression constante et efficace. En plus de renforcer l'effectivité de la protection des consommateurs, ces conséquences participent également à augmenter le caractère dissuasif de la sanction pour le professionnel. En effet, celui-ci pourra à tout moment être inquiété des clauses abusives qu'il introduirait dans les contrats. Il ne pourra plus compter ni sur l'ignorance du consommateur, celle-ci étant palliée par le juge, ni sur le passage du temps, l'action étant imprescriptible.





## CONCLUSION GENERALE

316. Ayant pour finalité d'offrir une protection élevée des consommateurs contre l'utilisation de clauses contractuelles abusives par les professionnels, la directive 93/13/CEE se démarque avec l'élaboration du caractère non contraignant. Malgré les différents régimes nationaux qui ont pu être retenus par les Etats membres, ce fameux article 6 paragraphe 1 et toutes les conséquences qui en découlent s'imposent aux Etats membres. Il s'agit d'une disposition pour le moins originale, pouvant aller jusqu'à dire unique pour le droit de l'Union européenne. Le caractère non contraignant pourrait être qualifié de sanction européenne des clauses abusives, ce qui est suffisamment rare pour être noté.

317. En outre, la construction jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne est à saluer. Cette dernière s'est attachée au cours des années à édifier un régime juridique autour de cette notion, allant même jusqu'à limiter l'autonomie procédurale des Etats membres.

318. Bien que le caractère dissuasif de la sanction à l'égard des professionnels puisse être critiqué à certains égards, tous les effets du caractère non contraignant viennent rattraper cette critique. La CJUE s'attache à tout faire pour consolider le caractère dissuasif de la sanction. Ses décisions sont en effet toujours justifiées par une volonté de renforcer non seulement la protection du consommateur, mais également le caractère dissuasif.

319. En effet, en ce qui concerne les conséquences substantielles du caractère non contraignant, l'interdiction de réviser la clause, de la supprimer partiellement, de la remplacer, ainsi que la garantie pour le consommateur d'une restitution intégrale, ont pour objet, en plus de protéger évidemment le consommateur, de dissuader le professionnel d'avoir recours à des clauses abusives. En l'absence de ces effets substantiels le professionnel ne risquerait en effet rien à "tenter" d'insérer de telles clauses dans ses contrats.

320. Pour ce qui est des effets processuels, l'obligation de relever d'office les clauses abusives et l'absence de délai de prescription de l'action en constatation des clauses abusives vont permettre à la fois d'encourager le consommateur à agir en justice et à faire valoir ses droits mais aussi de convaincre le professionnel de cesser l'utilisation des clauses abusives. En effet, l'ignorance des consommateurs est corrigée par le rôle actif le juge et par la possibilité pour le consommateur de faire reconnaître à tout moment le caractère abusif d'une clause. Aussi, l'ignorance du consommateur ne peut plus profiter au professionnel, la relation contractuelle étant alors rééquilibrée.

321. Le caractère non contraignant et ses effets permettent, à n'en pas douter, une protection efficace du consommateur et de ses intérêts. Deux conséquences, en plus des autres, peuvent notamment démontrer cette efficacité. Il s'agit du droit à la restitution intégrale des sommes versées sur le fondement d'une clause abusive ainsi que du pouvoir de remplacer exceptionnellement la clause abusive par une règle de droit supplétif lorsque le contrat ne peut subsister et que cela aurait des conséquences particulièrement négatives pour le consommateur.

322. La qualité de la disposition 6§1 réside également dans le fait que le contrat reste contraignant sans modification autre que la suppression de la clause abusive. Participant de cette manière à la politique de maintien du contrat, cette disposition prouve bien que l'objectif est de rééquilibrer la relation contractuelle et non de la supprimer dans son ensemble, ce qui serait contraire à la volonté européenne d'établir un marché intérieur fonctionnel.

323. De la même manière, la pertinence du caractère non contraignant s'aperçoit dans son automaticité, l'action en constatation des clauses abusives étant théoriquement facultative. Là se trouve peut-être toute la beauté, néanmoins théorique, de la notion.

324. Le caractère non contraignant des clauses abusives est donc d'une importance cruciale dans la mise en œuvre de la directive 93/13/CEE. Cette sanction a récemment été complétée par la directive 2019/2161. La directive 93/13 impose désormais aux Etats membres de prévoir des sanctions complémentaires efficaces, proportionnées et dissuasives, l'objectif étant de renforcer le caractère dissuasif de l'utilisation des clauses abusives, puisqu'encore trop de professionnels y ont recours. Le nouvel article 8 Ter fournit par ailleurs des critères, non exhaustifs, à prendre en compte pour l'élaboration de ces sanctions. Il ne reste plus qu'à attendre de voir les transpositions de cette nouvelle disposition.

325. Après toutes ces constatations, il ne semble pas injustifié de se demander si la Cour de justice ne nous réserve pas de nouvelles surprises quant aux effets du caractère non contraignant des clauses abusives...

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I. Ouvrages Généraux**

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire Juridique*, sous la direction de G. CORNU, coll. Quadrige, éd. 7, 2005.

J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9e éd., Dalloz, 2015.

J. JULIEN, *Droit de la consommation*, 3e éd., LGDJ, coll. « Précis Domat », 2018.

M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2004.

Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 5e éd., 2020, coll. Sirey Université, Dalloz.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2018

### **II. Thèses et Ouvrages spéciaux**

R. BAILLOD, *À propos des clauses réputées non écrites*, in Mélanges L. Boyer, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996.

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

H. SCHULE-NÔLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, *EC Consumer law compendium: The consumer acquis and its transposition in the member states*, European law publishers, 2009.

WEIL K.G. et PUIS F., *Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives*, RIDC 1994, 46-1, 125.

### **III. Rapports, articles, recueils, répertoires**

V. AVENA-ROBARDET, *La forclusion s'incline devant les clauses abusives*, D. 2002. 3339.

C. AUBERT DE VINCELLES, *Clauses abusives et office du juge*, RDC, 2010, p. 648.

- C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations – Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice*, RTD eur., 2012, 666.
- C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations – Régime européen des sanctions*, RTD eur., 2014, 724.
- H. BARBIER, *L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ?*, RTD Civ., 2019 p.334.
- S. BERNHEIM-DESVAUX, *Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles*, CCC n° 1, Janvier 2019, étude 1.
- S. BERNHEIM-DESVAUX, *Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles*, CCC n° 2, Février 2019, étude 2.
- G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Déséquilibre significatif*, Répertoire de droit commercial, mai 2019.
- V. CHRISTIANOS et F. PICOD, *Consommateur*, Répertoire de droit européen, Janvier 2003 (actualisation juillet 2020)
- A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, *A propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit est imprescriptible... et autres solutions entre droit commun des contrats et droit de la consommation*, D. 2019, p. 1033.
- B. FAGES, *Clause nulle ou clause réputée non écrite ?*, RTD Civ., 2008, p. 292.
- J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D., 1993, p.59.
- M. LATINA, *Contrat : généralités*, Répertoire de droit civil, Mai 2017 (actualisation : Février 2020).
- J. MESTRE, B. FAGES, *Variations autour de l'ordre public*, RTD civ., 2003.
- C. NOURRISSAT, *Droit communautaire et forclusion biennale : L'étrange effet utile de l'esprit de la directive « clauses abusives » !*, D. 2003. 486.
- J.-D. PELLIER, *De la distinction entre la nullité et le réputé non écrit*, Dalloz Actualité, 01 avril 2019.
- J.-D. PELLIER, *Retour sur l'obligation pour le juge de relever d'office les dispositions protectrices des consommateurs*, Dalloz actualité, 22 avril 2020.

F. PICOD, *Synthèse – Juridictions nationales et application du droit de l’Union européenne*, JCl. Europe Traité, actualisation : février 2020.

Y. PICOD, *Nullité*, Répertoire de droit civil, Juillet 2019.

S. PIEDELIEVRE, *Office du juge et clauses abusives*, Gaz. Pal., septembre 2020, n°386n7, p.35.

A. POSEZ, *De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite*, D. 2014. 2119.

Y. ROUQUET, *Clause contraire au droit au renouvellement : sanction par la nullité*, D., 2008, p.349.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, obs. in *Panorama Droit de la consommation*, D., 2017, p.539.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, obs. in *Panorama Droit de la consommation Année 2020*, Dalloz.

Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l’interprétation et à l’application de la directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019.

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

## LISTE DES ARRETS CITES

### Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne :

- CJCE, 27 juin 2000, aff. C-244/98 à C-244/98, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores.
- CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, Cofidis.
- CJUE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, Mostaza Claro.
- CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM.
- CJUE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones.
- CJUE, 18 mars 2010, aff. jointes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 Alassini e.a.
- CJUE, 15 avril 2010, aff. C-542/08, Barth.
- CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, VB Pénzügyi Lízing.
- CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, Pereničová et Perenič.
- CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, Banco Español de Crédito.
- CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, Asbeek Brusse et de Man Garabito.
- CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, Jörös.
- CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, Kásler et Káslerné Rábai.
- CJUE, 21 janv. 2015, aff. C-482/13, Unicaja Banco et Caixabank.
- CJUE, 25 mars 2015, aff. C-154/15, Gutiérrez Naranjo.
- CJUE, 29 octobre 2015, aff. C-8/14, BBVA.
- CJUE, 21 avril 2016, aff. C-377/14, Radlinger et Radlingerová.
- CJUE, 26 janvier 2017, aff. C-421/14, Banco Primus.
- CJUE, 7 août 2018, aff. C-96/16 et C-94/17, Banco Santander et Escobedo Cortés.
- CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, Dunai.
- CJUE, 26 mars 2019, aff. C-70/17, Abanca Corporación Bancaria.
- CJUE, 3 juillet 2019, aff. C-92/16, Bankia.
- CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, Dziubak.
- CJUE, 7 novembre 2019, aff. C-349-18, Kanyeba.
- CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, Gomez del Moral Guasch.
- CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, Lintner.
- CJUE, 4 juin 2020, aff. C-495/19, Kancelaria Medius.

CJUE, 9 juillet 2020, aff. C-698/18, Raiffeisen Bank.  
CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-224/19, Caixabank.  
CJUE, 26 novembre 2020, aff. C-807/19, DSK Bank et FrontEx International.  
CJUE, 27 janvier 2021, aff. C-229/19, Dexia Nederland.  
CJUE, 29 avril 2021, aff. C-19/20, Bank BPH.

#### **Arrêts de la Cour de cassation :**

Cass. 3e civ., 2 déc. 1987, n°86-10.793.  
Cass. 3e civ., 1e avr. 1987, n°85-15.010.  
Cass. 3e civ., 9 mars 1988, n°86-17.869.  
Cass. 1e civ., 13 mars 1996, n°93-21.070.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 1996 Bull. civ. I, n° 11.  
Cass., 3e civ., 23 janvier 2008, n° 06-19.129.  
Cass. 1er Civ., 4 févr. 2016, n°14-29.347.  
Cass. 1re civ., 26 avril 2017, n°15-18.970.  
Cass. Ch. Mixte, 7 juillet 2017, n°15-25.651.  
Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 20 févr. 2019, n° 17-28.819.  
Cass., 1re Civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169.  
Cass. 1re civ., 30 septembre 2020, n° 18-19.241, Pricewaterhouse.  
Cass. 3<sup>e</sup> Civ., 19 novembre 2020, n°19-20.405.  
Cass. Com., 8 avril 2021, n°19-17.997.

#### **Arrêts de Cour d'appel :**

Cour d'appel Paris, 21 juin 2006.  
Cour d'appel de Versailles, 26 mai 2016, n° 15/07528.  
Cour d'appel de Paris, 9 mars 2018, n°14/26101.

## INDEX ALPHABETIQUE

### **A.**

Action :

- En constatation : 65, 116-118, 283 et s.
- Des associations des consommateurs : 71-77, 86

### **C.**

Caractère dissuasif de la sanction : 78-89, 182, 252, 292, 315

### **D.**

Directive 2019/2161 : 53, 88-90

Disposition impérative : 44-47, 102, 130

Droit allemand : 140-152

### **E.**

Effet *erga omnes* : 71-73

Efficacité de la sanction : 62-70, 168

### **I.**

Imprescriptibilité : 64, 115, 131, 283 et s

Interdiction :

- Révision de la clause : 177-183
- Suppression partielle : 184-193

### **N.**

Nullité :

- Distinction avec le réputé non écrit : 123-138, 307, 311
- Inefficacité : 146-151
- Absolue : 163, 168
- De protection : 164, 168
- Relative : 166-168

Négociation : 39, 240-245

### **P.**

Politique de maintien du contrat : 101-104, 215-220

Principe :

- D'effectivité : 278-282, 299-300
- D'équivalence : 273-277, 299

### **R.**

Réputé non écrit : 93-138, 302-315

Restitution : 68, 201-212

Remplacement :

- Par une règle supplétive : 194-197, 235-239
- Par la volonté des parties : 199

Relevé d'office :

- Obligation : 250-262
- Etendu : 263-171

### **T.**

Transposition :

- En droit français : 98
- En droit allemand : 144, 146
- Autres Etats membres : 155-169

### **S.**

Sauvetage du contrat : 231-239

Subsistance du contrat : 221-229

Sanction :

- Sanction européenne : 48-61
- Sanctions complémentaires : 84-90



## TABLE DES MATIERES

Remerciements .....	1
Liste des principales abréviations.....	3
Sommaire.....	5
Introduction .....	7
<b>Partie 1 : La qualification du caractère non contraignant d'une clause abusive .....</b>	<b>15</b>
<b>Chapitre 1 : L'analyse de la règle prévue par la directive 93/13/CEE .....</b>	<b>16</b>
<b>Section 1 : Le choix du caractère non contraignant.....</b>	<b>17</b>
§1 Une place cruciale dans la réalisation des objectifs poursuivis par la directive..	17
A. Les objectifs poursuivis par la directive .....	17
1- La lutte contre les clauses abusives .....	17
2- La participation aux objectifs généraux de l'Union européenne .....	18
B. Une disposition impérative d'ordre public .....	19
§2 La qualification de « sanction » du caractère non contraignant .....	20
A. La place de la sanction dans les directives de droit de la consommation ..	20
B. L'article 6§1 lors de l'élaboration de la directive 93/13/CEE .....	23
<b>Section 2 : L'efficacité du caractère non contraignant dans la lutte contre les clauses abusives .....</b>	<b>24</b>
§1 L'effectivité du caractère non contraignant du point de vue curatif.....	24
A. Les effets de la sanction garantissant une protection effective des consommateurs .....	25
B. L'effet <i>erga omnes</i> du caractère non contraignant favorisant les actions en suppression des clauses abusives .....	27
§2 L'absence d'efficacité du caractère dissuasif .....	28
A. L'absence d'effet dissuasif de la perte d'un avantage pour le professionnel	29
B. L'insuffisance des sanctions complémentaires.....	30
<b>Chapitre 2 : L'analyse des transpositions du caractère non contraignant.....</b>	<b>33</b>
<b>Section 1 : Le choix du « réputé non écrit » en droit français .....</b>	<b>34</b>

§ 1 Une notion existant en droit français avant la transposition.....	34
A.    L'utilisation de la notion.....	34
1- En dehors du droit de la consommation.....	34
2- En droit de la consommation .....	35
B.    L'objectif poursuivi par la notion .....	36
§2 Une sanction autonome .....	37
A.    Originalité de la sanction .....	37
1- Définition du réputé non écrit.....	37
2- Régime du réputé non écrit.....	39
B.    Distinction avec la nullité .....	41
1- La controverse.....	41
2- La fin de la controverse .....	43
<b>Section 2 : Les sanctions choisies par les autres Etats membres .....</b>	<b>45</b>
§1 Focus sur la législation allemande.....	45
A.    Aperçu général de la réglementation des conditions générales d'affaires. 45	
B.    La sanction des conditions générales d'affaires abusives.....	47
§2 Les différents concepts de nullité retenus par les Etats membres autres que l'Allemagne .....	49
A.    Aperçu général des droits nationaux relatifs aux clauses abusives .....	49
B.    La transposition du caractère non contraignant des clauses abusives.....	51
<b>Partie 2 : Les effets du caractère non contraignant de la clause abusive .....</b>	<b>53</b>
<b>Chapitre 1 : Les conséquences substantielles .....</b>	<b>54</b>
<b>Section 1 : La disparition de la clause abusive .....</b>	<b>55</b>
§1 Une suppression pure et simple de la clause .....	55
A.    Le principe d'éradication de la clause abusive .....	55
1- L'interdiction de réviser la clause.....	55
2- L'interdiction de supprimer partiellement la clause .....	57
B.    La question du remplacement de la clause abusive .....	60

§2 Les conséquences de la disparition de la clause sur la relation contractuelle .....	61
A. Le principe de restitution intégrale de la clause abusive exécutée .....	62
B. Le refus exceptionnel de l'effet restitutoire .....	64
<b>Section 2 : Le sort du contrat comportant une clause abusive .....</b>	<b>65</b>
§1 Le principe posé par l'article 6§1 de la directive .....	65
A. Le maintien du contrat .....	65
B. L'appréciation de la subsistance du contrat .....	67
1- Une appréciation au cas par cas .....	67
2- Une appréciation objective .....	68
§2 L'approfondissement de la règle par la CJUE.....	69
A. Le sauvetage du contrat .....	69
1- Les conditions .....	69
2- Le remplacement exceptionnel de la clause abusive par une règle supplétive .....	70
B. L'invitation à la renégociation faite aux parties .....	72
<b>Chapitre 2 : Les conséquences processuelles.....</b>	<b>74</b>
<b>Section 1 : Le relevé d'office des clauses abusives .....</b>	<b>75</b>
§1 L'obligation de relever d'office les clauses abusives.....	75
A. D'une faculté à une obligation de relever d'office les clauses abusives....	75
1- L'évolution de la jurisprudence européenne.....	75
2- La mise en conformité en droit français .....	77
B. L'étendue du relevé d'office.....	78
§2 Une mise en œuvre des principes d'équivalence et d'effectivité .....	80
A. Le principe d'équivalence.....	80
B. Le principe d'effectivité.....	82
<b>Section 2 : Le caractère imprescriptible de l'action en constatation des clauses abusives .....</b>	<b>83</b>
§1 Le caractère non contraignant et l'absence de délai de prescription .....	84

A.	La consécration du caractère imprescriptible des clauses abusives.....	84
1-	Le principe .....	84
2-	Les raisons de l'absence de prescription.....	85
B.	Les quelques limites temporelles de la constatation d'une clause abusive	87
§2	Le « réputé non écrit » et l'absence de délai de prescription .....	89
A.	L'absence de délai de prescription des actions en constatation des clauses abusives en droit français.....	89
B.	Les précédents en faveur d'une absence de prescription du réputé non écrit .....	91
	Conclusion générale .....	95
	Bibliographie .....	97
	Liste des arrêts cités.....	100
	Index Alphabétique .....	102
	Table des matières .....	104