

Conditions générales d'affaires : perspectives législatives

Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire
et de ses applications en France et en Allemagne

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

David Bouverat

Acceptée sur proposition du jury :

Prof. Pierre Wessner, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse
Prof. Christoph Müller, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne
Prof. Thomas Probst, Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Suisse), rapporteur externe

Soutenue le 4 décembre 2008

Université de Neuchâtel

2009

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**CONDITIONS GENERALES D'AFFAIRES : PERSPECTIVES LEGISLATIVES.
Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses
applications en France et en Allemagne**

David BOUVERAT

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Piermarco Zen-Ruffinen (président)
- M. Pierre Wessner (directeur de thèse)
- M. Christoph Müller (rapporteur interne)
- M. Thomas Probst (rapporteur externe, professeur à
l'Université de Fribourg)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 4 décembre 2008


Piermarco Zen-Ruffinen, doyen

REMERCIEMENTS

Je voudrais remercier tout d'abord le professeur Pierre Wessner, pour le temps qu'il m'a permis de consacrer à ma thèse alors que j'étais son assistant, ainsi que pour ses encouragements et ses conseils avisés.

Ma gratitude va aussi aux professeurs Christoph Müller et Thomas Probst, qui ont accepté de faire partie de mon jury de thèse, et aux professeurs Michael Martinek, de l'Université de Saarland et Xavier Henry, de l'Université de Nancy 2, qui ont bien voulu relire respectivement les parties allemande et française de ce travail.

Nombreux sont celles et ceux qui m'ont offert leur soutien moral et/ou technique : mes parents, Catherine, Stéphane, Henri, Françoise, Jean, Camille, Yannick, Pina, Monique, Elsa, Marino et Manon. Ce travail n'aurait pas abouti sans eux. Mes recherches ont en outre été grandement facilitées par la compétence de Madame Marianne von Senger, responsable de la bibliothèque de droit de l'Université de Neuchâtel.

Neuchâtel, mars 2009

David Bouverat
(davidbouverat@hotmail.com)

« Si vous croyez savoir, vous ne savez pas ».
Lao Tseu, extrait du Tao te King

TABLE DES MATIERES SIMPLIFIEE

| | |
|--|---------------|
| TABLE DES ABREVIATIONS..... | XXXI |
| BIBLIOGRAPHIE | XXXVII |
| PARTIE 1 : INTRODUCTION GENERALE | 1 |
| CHAPITRE 1 : GENERALITES | 1 |
| CHAPITRE 2 : PROBLEMATIQUE..... | 1 |
| § 1 Généralités..... | 1 |
| § 2 Effets bénéfiques..... | 2 |
| § 3 Risques d'abus..... | 3 |
| § 4 Difficultés..... | 5 |
| CHAPITRE 3 : DÉMARCHE | 7 |
| § 1 Généralités..... | 7 |
| § 2 Délimitations | 8 |
| CHAPITRE 4 : DEFINITIONS | 9 |
| PARTIE 2 : DROIT SUISSE DE LEGE LATA | 11 |
| CHAPITRE 1 : INTRODUCTION | 11 |
| CHAPITRE 2 : INTÉGRATION..... | 11 |
| § 1 Nécessité..... | 11 |
| § 2 Conditions..... | 12 |
| § 3 Moment..... | 14 |
| § 4 Clauses de style | 15 |
| CHAPITRE 3 : PRIORITÉ DES CLAUSES INDIVIDUELLES..... | 15 |
| CHAPITRE 4 : INTERPRETATION..... | 17 |
| § 1 Généralités..... | 17 |
| § 2 Interprétation individuelle..... | 18 |
| § 3 En cas de doute, interprétation in dubio contra stipulatorem | 19 |
| CONTROLE DU CONTENU | 22 |
| § 4 Règle de l'insolite (ou de l'inhabituel)..... | 22 |
| § 5 Art. 8 LCD | 31 |
| § 6 Propositions doctrinales..... | 39 |
| CHAPITRE 5 : SANCTION EN CAS DE NULLITE DE CLAUSES CONTRACTUELLES | 41 |
| § 1 Généralités..... | 41 |

Table des matières simplifiée

| | | |
|--|---|-----------|
| § 2 | <i>Nullité partielle (ou suppression de tout le contrat)</i> | 41 |
| § 3 | <i>Obligation de réparer le dommage</i> | 47 |
| CHAPITRE 6 : CONSTATS ET CRITIQUES | | 48 |
| § 1 | <i>Existence de règles en matière d'intégration</i> | 48 |
| § 2 | <i>Priorité des accords individuels</i> | 49 |
| § 3 | <i>Existence de règles en matière d'interprétation</i> | 49 |
| § 4 | <i>Contrôle du contenu</i> | 50 |
| § 5 | <i>Sanction</i> | 55 |
| CHAPITRE 7 : PROJETS LEGISLATIFS | | 56 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 56 |
| § 2 | <i>Révision de la LIC</i> | 57 |
| § 3 | <i>Révision de la LCA</i> | 60 |
| CHAPITRE 8 : SYNTHESE | | 61 |
| § 1 | <i>Intégration</i> | 61 |
| § 2 | <i>Priorité des accords individuels</i> | 61 |
| § 3 | <i>Interprétation</i> | 62 |
| § 4 | <i>Règle de l'insolite</i> | 62 |
| § 5 | <i>Art. 8 LCD</i> | 62 |
| § 6 | <i>Moyens tirés d'institutions et principes généraux du droit civil</i> | 63 |
| § 7 | <i>Sanction</i> | 63 |
| § 8 | <i>Constats</i> | 63 |
| PARTIE 3 : DROIT COMMUNAUTAIRE | | 65 |
| CHAPITRE 1 : INTRODUCTION | | 65 |
| CHAPITRE 2 : DROIT PRIVÉ COMMUNAUTAIRE | | 65 |
| § 1 | <i>Notion</i> | 65 |
| § 2 | <i>Principales sources</i> | 66 |
| CHAPITRE 3 : DIRECTIVE 93/13 | | 68 |
| § 1 | <i>Champ d'application personnel</i> | 68 |
| § 2 | <i>Champ d'application matériel</i> | 72 |
| § 3 | <i>Contrôle du contenu</i> | 82 |
| § 4 | <i>Transparence</i> | 109 |
| § 5 | <i>Conséquence du caractère abusif d'une clause</i> | 113 |
| § 6 | <i>Droit international privé</i> | 114 |
| § 7 | <i>Incidences procédurales</i> | 115 |
| CHAPITRE 4 : SYNTHÈSE | | 119 |
| § 1 | <i>Champ d'application personnel</i> | 119 |
| § 2 | <i>Champ d'application matériel</i> | 120 |
| § 3 | <i>Contrôle du contenu</i> | 120 |
| § 4 | <i>Transparence</i> | 122 |

| | | |
|---|---|------------|
| § 5 | <i>Sanctions</i> | 122 |
| PARTIE 4 : DROIT FRANÇAIS | | 125 |
| CHAPITRE 1 : INTRODUCTION | | 125 |
| CHAPITRE 2 : DISPOSITIONS GENERALES..... | | 125 |
| § 1 | <i>Enrichissement sans cause</i> | 125 |
| § 2 | <i>Lésion</i> | 126 |
| § 3 | <i>Abus de droit</i> | 127 |
| § 4 | <i>Cause</i> | 128 |
| CHAPITRE 3 : LEGISLATION EN MATIERE DE CLAUSES ABUSIVES | | 129 |
| § 1 | <i>Historique</i> | 129 |
| § 2 | <i>Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995</i> | 131 |
| CHAPITRE 4 : SYNTHESE..... | | 179 |
| § 1 | <i>Champ d'application personnel</i> | 179 |
| § 2 | <i>Champ d'application matériel</i> | 180 |
| § 3 | <i>Intégration</i> | 180 |
| § 4 | <i>Contrôle du contenu</i> | 180 |
| § 5 | <i>Interprétation in dubio contra stipulatorem</i> | 182 |
| § 6 | <i>Sanctions</i> | 182 |
| PARTIE 5 : DROIT ALLEMAND | | 183 |
| CHAPITRE 1 : INTRODUCTION | | 183 |
| CHAPITRE 2 : HISTORIQUE | | 184 |
| CHAPITRE 3 : CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL | | 184 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 184 |
| § 2 | <i>Professionnel (Unternehmer)</i> | 185 |
| § 3 | <i>Contrats de consommation</i> | 187 |
| § 4 | <i>Importance pratique de la distinction</i> | 191 |
| CHAPITRE 4 : CHAMP D'APPLICATION MATERIEL..... | | 192 |
| § 1 | <i>Conditions générales d'affaires</i> | 192 |
| § 2 | <i>Exclusions et particularités</i> | 196 |
| CHAPITRE 5 : INTEGRATION..... | | 197 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 197 |
| § 2 | <i>Conditions positives</i> | 198 |
| § 3 | <i>Condition négative : absence de caractère surprenant</i> | 200 |
| CHAPITRE 6 : PRIORITE DES CONDITIONS PARTICULIERES | | 204 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 204 |
| § 2 | <i>Conditions d'application</i> | 205 |

Table des matières simplifiée

| | |
|---|------------|
| CHAPITRE 7 : REGLES D'INTERPRETATION | 207 |
| § 1 Distinction entre interprétation et contrôle du contenu..... | 207 |
| § 2 Interprétation objective | 207 |
| § 3 Interprétation in dubio contra stipulatorem..... | 208 |
| § 4 Autres règles ?..... | 211 |
| CHAPITRE 8 : CONTROLE DU CONTENU | 211 |
| § 1 Généralités..... | 211 |
| § 2 Rapports avec le droit commun..... | 211 |
| § 3 Délimitation des clauses contrôlables..... | 215 |
| § 4 Clause générale..... | 220 |
| § 5 Obligation de transparence..... | 234 |
| § 6 Prise en compte des circonstances dans les contrats de consommation .. | 238 |
| § 7 Listes de clauses (§§ 308 s. BGB) | 239 |
| CHAPITRE 9 : SORT DES CLAUSES ABUSIVES OU NON INTEGREEES (§ 306 BGB) | 241 |
| § 1 Généralités..... | 241 |
| § 2 Validité du reste du contrat | 242 |
| § 3 Contenu du reste du contrat | 243 |
| § 4 Clauses salvatoires..... | 247 |
| § 5 Nullité de l'ensemble du contrat..... | 248 |
| § 6 Obligation de réparer le dommage | 249 |
| CHAPITRE 10 : SYNTHESE | 250 |
| § 1 Champ d'application personnel | 250 |
| § 2 Champ d'application matériel..... | 250 |
| § 3 Intégration | 251 |
| § 4 Priorité des conventions individuelles | 251 |
| § 5 Interprétation..... | 251 |
| § 6 Contrôle du contenu | 252 |
| § 7 Obligation de transparence..... | 252 |
| § 8 Prise en compte des circonstances | 253 |
| § 9 Listes de clauses | 253 |
| § 10 Sanctions..... | 253 |
| PARTIE 6 : APPRECIATION DES SYSTEMES EXAMINES | 255 |
| CHAPITRE 1 : GENERALITES | 255 |
| § 1 Ensemble de règles aux contours relativement flous | 255 |
| § 2 Règles complètes et efficaces..... | 256 |
| CHAPITRE 2 : CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL | 257 |
| § 1 Généralités..... | 257 |
| § 2 Critères pertinents | 258 |

| | |
|--|------------|
| CHAPITRE 3 : CONTROLE DU CONTENU | 270 |
| § 1 <i>Sécurité du droit satisfaisante</i> | 270 |
| § 2 <i>Bonne pondération des intérêts en présence</i> | 274 |
| § 3 <i>Institutions voisines</i> | 276 |
| CHAPITRE 4 : CONCLUSIONS..... | 282 |
| CHAPITRE 5 : SYNTHÈSE..... | 284 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 284 |
| § 2 <i>Champ d'application personnel</i> | 284 |
| § 3 <i>Contrôle du contenu</i> | 285 |
| § 4 <i>Obligation de transparence</i> | 285 |
| PARTIE 7 : DROIT SUISSE DE LEGE FERENDA..... | 287 |
| CHAPITRE 1 : GENERALITES | 287 |
| § 1 <i>Modification législative</i> | 287 |
| § 2 <i>Réglementation succincte dans le CO</i> | 288 |
| CHAPITRE 2 : PRISE EN COMPTE DES CIRCONSTANCES ENTOURANT LA CONCLUSION DU CONTRAT | 290 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 290 |
| § 2 <i>Inconvénients</i> | 290 |
| § 3 <i>Prise de position</i> | 291 |
| CHAPITRE 3 : CHAMP D'APPLICATION MATERIEL..... | 293 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 293 |
| § 2 <i>Objet du contrat</i> | 293 |
| § 3 <i>Forme</i> | 294 |
| § 4 <i>Conditions générales d'affaires</i> | 294 |
| § 5 <i>Types de clauses exclues</i> | 297 |
| CHAPITRE 4 : INTEGRATION..... | 301 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 301 |
| § 2 <i>Nécessité et importance pratique</i> | 301 |
| § 3 <i>Renvoi</i> | 302 |
| § 4 <i>Possibilité de prendre connaissance des CGA</i> | 304 |
| § 5 <i>Conséquences d'un défaut d'intégration</i> | 306 |
| CHAPITRE 5 : INTERPRETATION <i>IN DUBIO CONTRA STIPULATOREM</i> | 306 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 306 |
| § 2 <i>Caractère subsidiaire</i> | 307 |
| § 3 <i>Interprétation « kundenfeindlich »</i> | 307 |
| CHAPITRE 6 : PRIORITE DES CONVENTIONS INDIVIDUELLES | 309 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 309 |
| § 2 <i>Fondement dogmatique</i> | 310 |

Table des matières simplifiée

| | | |
|---|--|------------|
| § 3 | <i>Portée</i> | 311 |
| § 4 | <i>Clause de forme écrite</i> | 311 |
| § 5 | <i>Inutilité d'un ancrage législatif</i> | 312 |
| CHAPITRE 7 : CONTROLE DU CONTENU | | 313 |
| § 1 | <i>Clause générale</i> | 313 |
| § 2 | <i>Dérogations aux règles légales et au but du contrat</i> | 318 |
| § 3 | <i>Liste de clauses</i> | 325 |
| CHAPITRE 8 : CONSEQUENCES DU CARACTERE ABUSIF D'UNE CLAUSE..... | | 334 |
| § 1 | <i>Suppression pure et simple</i> | 334 |
| § 2 | <i>Suppression, puis remplacement, de la clause</i> | 335 |
| § 3 | <i>Nullité partielle</i> | 335 |
| § 4 | <i>Nullité de l'ensemble du contrat</i> | 337 |
| § 5 | <i>Obligation de réparer le dommage</i> | 339 |
| CHAPITRE 9 : RESUME/PROPOSITION LEGISLATIVE..... | | 340 |
| CHAPITRE 10 : SYNTHESE | | 341 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 341 |
| § 2 | <i>Prise en compte des circonstances</i> | 342 |
| § 3 | <i>Champ d'application matériel</i> | 342 |
| § 4 | <i>Intégration</i> | 343 |
| § 5 | <i>Interprétation in dubio contra stipulatorem</i> | 343 |
| § 6 | <i>Priorité des conventions individuelles</i> | 344 |
| § 7 | <i>Contrôle du contenu</i> | 344 |
| § 8 | <i>Conséquences du caractère abusif d'une clause</i> | 346 |
| PARTIE 8 : CONCLUSION GENERALE | | 347 |
| ANNEXE : DECRET N° 2009-302 DU 18 MARS 2009..... | | 349 |

TABLE DES MATIERES DETAILLEE

| | |
|--|-----------|
| TABLE DES ABREVIATIONS..... | XXXI |
| BIBLIOGRAPHIE | XXXVII |
| PARTIE 1 : INTRODUCTION GENERALE | 1 |
| CHAPITRE 1 : GENERALITES | 1 |
| CHAPITRE 2 : PROBLEMATIQUE..... | 1 |
| § 1 Généralités..... | 1 |
| § 2 Effets bénéfiques..... | 2 |
| § 3 Risques d'abus..... | 3 |
| § 4 Difficultés..... | 5 |
| CHAPITRE 3 : DÉMARCHE | 7 |
| § 1 Généralités..... | 7 |
| § 2 Délimitations | 8 |
| CHAPITRE 4 : DEFINITIONS | 9 |
| PARTIE 2 : DROIT SUISSE DE LEGE LATA | 11 |
| CHAPITRE 1 : INTRODUCTION | 11 |
| CHAPITRE 2 : INTÉGRATION..... | 11 |
| § 1 Nécessité..... | 11 |
| § 2 Conditions..... | 12 |
| § 3 Moment..... | 14 |
| § 4 Clauses de style | 15 |
| CHAPITRE 3 : PRIORITÉ DES CLAUSES INDIVIDUELLES..... | 15 |
| CHAPITRE 4 : INTERPRÉTATION..... | 17 |
| § 1 Généralités..... | 17 |
| § 2 Interprétation individuelle..... | 18 |
| § 3 En cas de doute, interprétation in dubio contra stipulatorem | 19 |
| CONTROLE DU CONTENU | 22 |
| § 4 Règle de l'insolite (ou de l'inhabituel)..... | 22 |
| I. Application à la prorogation de for..... | 22 |
| II. Extension du principe | 24 |
| 1 Généralités | 24 |
| 2 Appréciation du caractère insolite | 25 |
| 2.1 Jurisprudence | 25 |

Table des matières détaillée

| | | |
|---|--|----|
| | A. En général | 25 |
| | B. Conventions exclusives de responsabilité | 28 |
| | 2.2 Doctrine | 30 |
| § 5 | <i>Art. 8 LCD</i> | 31 |
| | I. Généralités | 31 |
| | II. Conditions d'application..... | 32 |
| | 1 Nature à provoquer une erreur..... | 32 |
| | 2 Dérogation notable au régime légal applicable | 35 |
| | 2.1 Régime directement applicable | 35 |
| | 2.2 Régime applicable par analogie..... | 35 |
| | 2.3 Caractère notable de la dérogation | 35 |
| | 3 Dérogation notable à la nature du contrat..... | 37 |
| | 4 Caractère inapproprié comme critère implicite | 38 |
| | III. Application combinée des art. 2 et 8 LCD ?..... | 38 |
| § 6 | <i>Propositions doctrinales</i> | 39 |
| CHAPITRE 5 : SANCTION EN CAS DE NULLITE DE CLAUSES CONTRACTUELLES | | 41 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 41 |
| § 2 | <i>Nullité partielle (ou suppression de tout le contrat)</i> | 41 |
| | I. Droit des obligations en général | 41 |
| | 1 Généralités | 41 |
| | 2 Volonté hypothétique des parties | 42 |
| | 3 Nullité affectant un point essentiel | 43 |
| | 4 Nullité partielle modifiée..... | 44 |
| | II. Particularités en matière de CGA | 45 |
| | 1 Généralités | 45 |
| | 2 Art. 8 LCD | 46 |
| § 3 | <i>Obligation de réparer le dommage</i> | 47 |
| | I. Culpa in contrahendo | 48 |
| | II. Article 41 CO..... | 48 |
| CHAPITRE 6 : CONSTATS ET CRITIQUES | | 48 |
| § 1 | <i>Existence de règles en matière d'intégration</i> | 48 |
| § 2 | <i>Priorité des accords individuels</i> | 49 |
| § 3 | <i>Existence de règles en matière d'interprétation</i> | 49 |
| § 4 | <i>Contrôle du contenu</i> | 50 |
| | I. Règle de l'inhabituel | 50 |
| | 1 Champ d'application personnel | 50 |
| | 2 Critères..... | 51 |
| | 3 Faiblesses..... | 52 |
| | II. Clauses de limitation de responsabilité..... | 53 |
| | III. Art. 8 LCD | 53 |
| § 5 | <i>Sanction</i> | 55 |
| CHAPITRE 7 : PROJETS LEGISLATIFS | | 56 |

| | | |
|--|--|-----------|
| § 1 | <i>Généralités</i> | 56 |
| § 2 | <i>Révision de la LIC</i> | 57 |
| | I. <i>Genèse</i> | 57 |
| | II. <i>Contenu</i> | 57 |
| | 1 <i>Modification de la LIC</i> | 57 |
| | 2 <i>Modifications du CO</i> | 58 |
| | 2.1 <i>Notion de CGA</i> | 58 |
| | 2.2 <i>Intégration</i> | 58 |
| | 2.3 <i>Priorité des conventions individuelles</i> | 59 |
| | 2.4 <i>Interprétation</i> | 59 |
| | 2.5 <i>Contrôle du contenu</i> | 59 |
| § 3 | <i>Révision de la LCA</i> | 60 |
| CHAPITRE 8 : SYNTHÈSE..... | | 61 |
| § 1 | <i>Intégration</i> | 61 |
| § 2 | <i>Priorité des accords individuels</i> | 61 |
| § 3 | <i>Interprétation</i> | 62 |
| § 4 | <i>Règle de l'insolite</i> | 62 |
| § 5 | <i>Art. 8 LCD</i> | 62 |
| § 6 | <i>Moyens tirés d'institutions et principes généraux du droit civil</i> | 63 |
| § 7 | <i>Sanction</i> | 63 |
| § 8 | <i>Constats</i> | 63 |
| PARTIE 3 : DROIT COMMUNAUTAIRE | | 65 |
| CHAPITRE 1 : INTRODUCTION | | 65 |
| CHAPITRE 2 : DROIT PRIVÉ COMMUNAUTAIRE | | 65 |
| § 1 | <i>Notion</i> | 65 |
| § 2 | <i>Principales sources</i> | 66 |
| CHAPITRE 3 : DIRECTIVE 93/13 | | 68 |
| § 1 | <i>Champ d'application personnel</i> | 68 |
| | I. <i>Généralités</i> | 68 |
| | II. <i>Consommateur</i> | 69 |
| | III. <i>Professionnel</i> | 71 |
| | IV. <i>Modifications envisagées</i> | 71 |
| § 2 | <i>Champ d'application matériel</i> | 72 |
| | I. <i>Types de contrats</i> | 72 |
| | II. <i>Absence de négociation individuelle</i> | 73 |
| | III. <i>Exclusions</i> | 77 |
| | 1 <i>Clauses reflétant des dispositions impératives et des dispositions ou principes des conventions internationales</i> | 77 |
| | 2 <i>Objet principal du contrat et rapport entre prix et prestation</i> ... | 79 |
| | 2.1 <i>Généralités</i> | 79 |

Table des matières détaillée

| | | | |
|-----|------|--|----|
| | 2.2 | Objet principal | 80 |
| | 2.3 | Rapport entre prix et prestation | 80 |
| | 2.4 | Conséquences d'un manque de transparence | 81 |
| | 2.5 | Autres limitations ?..... | 82 |
| § 3 | | <i>Contrôle du contenu</i> | 82 |
| | I. | Généralités | 82 |
| | II. | Clause générale | 83 |
| | 1 | Déséquilibre significatif entre les droits et les obligations..... | 83 |
| | 1.1 | Déséquilibres formel et matériel | 83 |
| | 1.2 | Détermination du déséquilibre | 83 |
| | 1.3 | Caractère significatif du déséquilibre | 84 |
| | 2 | En dépit de l'exigence de bonne foi | 85 |
| | III. | Liste annexée | 86 |
| | 1 | Valeur juridique | 86 |
| | 2 | Obligation de transposer ? | 87 |
| | 3 | Contenu | 88 |
| | 3.1 | Naissance de la relation contractuelle et modification unilatérale du contrat | 88 |
| | A. | Engagement unilatéral | 88 |
| | B. | Fiction d'adhésion au contrat..... | 89 |
| | C. | Modification unilatérale du contrat | 89 |
| | D. | Modification unilatérale de l'objet du contrat | 91 |
| | E. | Fixation unilatérale du prix..... | 91 |
| | F. | Droit de déterminer la conformité au contrat et d'interpréter celui-ci | 92 |
| | 3.2 | Limites à la restriction des droits du consommateur..... | 93 |
| | A. | Limitation des droits du consommateur en cas de mauvaise exécution de la part du professionnel | 93 |
| | B. | Indemnité d'un montant disproportionnellement élevé | 93 |
| | C. | Obligation unilatérale d'exécuter ses prestations | 94 |
| | D. | Mort d'un consommateur ou dommage corporel | 94 |
| | E. | Restriction du pouvoir de représentation..... | 94 |
| | 3.3 | Clauses concernant la fin du contrat..... | 95 |
| | A. | Frais en cas de renonciation au contrat..... | 95 |
| | B. | Avantages unilatéraux en cas de résiliation..... | 95 |
| | C. | Résiliation sans préavis raisonnable | 96 |
| | D. | Prorogation automatique du contrat..... | 96 |
| | 3.4 | Autres clauses | 97 |
| | A. | Cession du contrat..... | 97 |
| | B. | Accès à la justice..... | 97 |
| | IV. | Concrétisation | 98 |
| | 1 | Généralités | 98 |
| | 2 | Principes | 98 |

| | | |
|-------------------|---|------------|
| 2.1 | Proportionnalité | 98 |
| 2.2 | Equilibre | 99 |
| 2.3 | Accord contractuel..... | 99 |
| 2.4 | Protection de l'équivalence | 99 |
| 2.5 | Effet contraignant de la convention..... | 100 |
| 2.6 | Transparence..... | 100 |
| 2.7 | Maintien de la protection prévue par la loi..... | 101 |
| 2.8 | Réalisation du but du contrat..... | 101 |
| V. | Nature des biens ou services, circonstances et autres clauses | 101 |
| 1 | Nature des biens ou services..... | 102 |
| 2 | Circonstances qui entourent la conclusion du contrat | 102 |
| 3 | Autres dispositions du contrat ou d'un autre contrat..... | 102 |
| 4 | Autres circonstances | 103 |
| 5 | Au moment de la conclusion du contrat | 104 |
| 6 | Importance de critères individuels en matière de CGA | 104 |
| VI. | Examen par la CJCE..... | 106 |
| § 4 | <i>Transparence</i> | 109 |
| § 5 | <i>Conséquence du caractère abusif d'une clause</i> | 113 |
| § 6 | <i>Droit international privé</i> | 114 |
| § 7 | <i>Incidences procédurales</i> | 115 |
| CHAPITRE 4 : | SYNTHÈSE..... | 119 |
| § 1 | <i>Champ d'application personnel</i> | 119 |
| § 2 | <i>Champ d'application matériel</i> | 120 |
| § 3 | <i>Contrôle du contenu</i> | 120 |
| § 4 | <i>Transparence</i> | 122 |
| § 5 | <i>Sanctions</i> | 122 |
| PARTIE 4 : | DROIT FRANÇAIS | 125 |
| CHAPITRE 1 : | INTRODUCTION | 125 |
| CHAPITRE 2 : | DISPOSITIONS GENERALES..... | 125 |
| § 1 | <i>Enrichissement sans cause</i> | 125 |
| § 2 | <i>Lésion</i> | 126 |
| § 3 | <i>Abus de droit</i> | 127 |
| § 4 | <i>Cause</i> | 128 |
| CHAPITRE 3 : | LEGISLATION EN MATIERE DE CLAUSES ABUSIVES | 129 |
| § 1 | <i>Historique</i> | 129 |
| § 2 | <i>Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995</i> | 131 |
| I. | Champ d'application personnel | 131 |
| 1 | Professionnel..... | 131 |
| 2 | Consommateur ou non professionnel | 132 |
| 2.1 | Généralités..... | 132 |

Table des matières détaillée

| | | |
|------|--|-----|
| 2.2 | Professionnel agissant comme un non professionnel..... | 134 |
| A. | Différents critères utilisés avant 1995 | 134 |
| B. | Nécessité d'un rapport direct (avec l'activité professionnelle)..... | 135 |
| a. | Jurisprudence de la Cour de cassation..... | 135 |
| b. | Jurisprudence des instances inférieures..... | 136 |
| 3 | Personne morale..... | 142 |
| 4 | Questions particulières | 144 |
| 4.1 | Qualification des parties au contrat accessoire..... | 144 |
| 4.2 | Début et fin de l'activité professionnelle | 144 |
| 4.3 | Professionnel ou consommateur non contractants | 145 |
| 4.4 | Usage mixte | 146 |
| II. | Champ d'application matériel..... | 146 |
| 1 | Types de contrats | 146 |
| 2 | Exclusions..... | 147 |
| III. | Intégration..... | 149 |
| IV. | Détermination du caractère abusif d'une clause..... | 150 |
| 1 | Généralités | 150 |
| 2 | Décrets en Conseil d'État/Dispositions d'ordre réglementaire | 151 |
| 3 | Recommandations de la Commission sur les clauses abusives | 152 |
| 4 | Clause générale et liste annexée | 152 |
| 4.1 | Généralités | 152 |
| 4.2 | Absence de la notion de bonne foi | 153 |
| 4.3 | Déséquilibre significatif | 154 |
| 4.4 | Prise en compte des circonstances et des autres clauses du contrat | 157 |
| 4.5 | Liste annexée au Code de la consommation | 157 |
| 4.6 | Présentation systématique de la jurisprudence..... | 158 |
| A. | Naissance de la relation contractuelle, inexécution et modification du contrat..... | 159 |
| a. | Engagement unilatéral | 159 |
| b. | Modification unilatérale du contrat | 159 |
| c. | Fixation du prix..... | 160 |
| d. | Clauses réduisant les droits du consommateur en cas d'exécution défectueuse par le professionnel..... | 160 |
| e. | Clauses obligeant le consommateur à fournir ses prestations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes ou ne les exécute qu'imparfaitement..... | 163 |
| f. | Clause pénalisant trop fortement le consommateur qui ne remplit pas ses obligations contractuelles | 164 |

| | |
|--|------------|
| g. Clauses mettant à la charge du consommateur certains frais et/ou risques de manière injustifiée | 167 |
| B. Clauses concernant la prorogation et la fin du contrat | 168 |
| a. Indemnité en cas de résiliation | 168 |
| b. Avantages unilatéraux en cas de résiliation..... | 169 |
| c. Prorogation tacite du contrat..... | 170 |
| C. Clauses réduisant l'accès à la justice | 170 |
| 5 Recherche de critères plus faciles à mettre en œuvre..... | 171 |
| V. Transparence | 173 |
| 1 Règle d'interprétation | 173 |
| 2 Abus en raison d'un manque de transparence | 175 |
| VI. Conséquence du caractère abusif d'une clause..... | 178 |
| CHAPITRE 4 : SYNTHÈSE | 179 |
| § 1 <i>Champ d'application personnel</i> | 179 |
| § 2 <i>Champ d'application matériel</i> | 180 |
| § 3 <i>Intégration</i> | 180 |
| § 4 <i>Contrôle du contenu</i> | 180 |
| § 5 <i>Interprétation in dubio contra stipulatorem</i> | 182 |
| § 6 <i>Sanctions</i> | 182 |
| PARTIE 5 : DROIT ALLEMAND | 183 |
| CHAPITRE 1 : INTRODUCTION | 183 |
| CHAPITRE 2 : HISTORIQUE | 184 |
| CHAPITRE 3 : CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL | 184 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 184 |
| § 2 <i>Professionnel (Unternehmer)</i> | 185 |
| I. Notion | 185 |
| II. Effets | 186 |
| 1 Intégration..... | 186 |
| 2 Inapplicabilité des §§ 308 et 309 BGB..... | 186 |
| 3 Egard, de manière appropriée, aux usages commerciaux..... | 187 |
| § 3 <i>Contrats de consommation</i> | 187 |
| I. Généralités | 187 |
| II. Notion de consommateur | 187 |
| 1 Généralités | 187 |
| 2 Absence de lien avec l'activité commerciale ou professionnelle indépendante | 188 |
| III. Effets | 189 |
| 1 Initiative de l'intégration (« stellen »)..... | 189 |

Table des matières détaillée

| | | |
|--|---|-----|
| 2 | Préformulation pour un seul contrat | 190 |
| 3 | Prise en compte des circonstances de la conclusion du contrat | 190 |
| § 4 | <i>Importance pratique de la distinction</i> | 191 |
| CHAPITRE 4 : CHAMP D'APPLICATION MATERIEL | | 192 |
| § 1 | <i>Conditions générales d'affaires</i> | 192 |
| I. | Généralités | 192 |
| II. | Clauses contractuelles | 192 |
| III. | Préformulation | 192 |
| IV. | Grand nombre de cas (« <i>Vielzahl</i> ») | 193 |
| V. | Initiative de l'intégration (« <i>stellen</i> ») | 194 |
| VI. | Circonstances indifférentes | 194 |
| VII. | Distinction avec les conditions particulières (<i>Einzelverträge</i>) | 195 |
| § 2 | <i>Exclusions et particularités</i> | 196 |
| I. | Exclusions | 196 |
| II. | Particularités en droit du travail | 197 |
| CHAPITRE 5 : INTEGRATION | | 197 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 197 |
| § 2 | <i>Conditions positives</i> | 198 |
| I. | Renvoi | 198 |
| II. | Possibilité de prendre connaissance raisonnablement des CGA | 198 |
| III. | Accord du client | 200 |
| § 3 | <i>Condition négative : absence de caractère surprenant</i> | 200 |
| I. | Relations avec d'autres dispositions | 201 |
| II. | Conditions d'application | 202 |
| III. | Groupes de cas | 203 |
| 1 | Institution ou modification essentielle d'une prestation principale | 203 |
| 2 | Importantes modifications contractuelles | 203 |
| 3 | Clauses accessoires atypiques | 203 |
| 4 | Clauses dissimulées | 204 |
| CHAPITRE 6 : PRIORITE DES CONDITIONS PARTICULIERES | | 204 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 204 |
| § 2 | <i>Conditions d'application</i> | 205 |
| I. | Présence d'un accord individuel | 205 |
| II. | Divergence d'avec des CGA | 205 |
| III. | Clauses de forme écrite | 206 |
| CHAPITRE 7 : REGLES D'INTERPRETATION | | 207 |
| § 1 | <i>Distinction entre interprétation et contrôle du contenu</i> | 207 |
| § 2 | <i>Interprétation objective</i> | 207 |
| § 3 | <i>Interprétation in dubio contra stipulatorem</i> | 208 |
| I. | Généralités | 208 |

| | | |
|--|--|-----|
| II. | Caractère subsidiaire..... | 209 |
| III. | Notion d'interprétation favorable au client..... | 210 |
| § 4 | <i>Autres règles ?</i> | 211 |
| CHAPITRE 8 : CONTROLE DU CONTENU | | 211 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 211 |
| § 2 | <i>Rapports avec le droit commun</i> | 211 |
| I. | Acte juridique contraire aux mœurs (§ 138 al. 1 BGB)..... | 212 |
| II. | Obligation de bonne foi (§ 242 BGB) | 212 |
| III. | Détermination d'une prestation par une partie (§ 315 BGB) | 213 |
| IV. | Vices du consentement | 213 |
| 1 | Généralités | 213 |
| 2 | Vice du consentement portant sur l'intégration..... | 214 |
| 3 | Vice du consentement portant sur le contenu..... | 214 |
| § 3 | <i>Délimitation des clauses contrôlables</i> | 215 |
| I. | Généralités | 215 |
| II. | Clauses exclues du contrôle..... | 216 |
| 1 | Clauses déclaratoires | 216 |
| 2 | Clauses décrivant les prestations contractuelles..... | 218 |
| 3 | Clauses sur le prix..... | 219 |
| III. | Limites du contrôle du contenu et exigence de transparence | 220 |
| § 4 | <i>Clause générale</i> | 220 |
| I. | Généralités | 220 |
| II. | Désavantage inapproprié (<i>unangemessene Benachteiligung</i> , § 307 al. 1 BGB)..... | 221 |
| 1 | Désavantage | 221 |
| 2 | Caractère inapproprié | 221 |
| 2.1 | Généralités..... | 221 |
| 2.2 | Intérêts à prendre en compte..... | 222 |
| 2.3 | Pesée d'intérêts/proportionnalité | 223 |
| 3 | Moment de l'appréciation..... | 223 |
| 4 | Éléments particuliers | 224 |
| 4.1 | Effets « compensatoire » et « additionnel » | 224 |
| 4.2 | Argument du prix | 225 |
| 4.3 | Maîtrise du risque et assurabilité..... | 226 |
| 4.4 | Divers..... | 227 |
| 5 | Exemples..... | 227 |
| 5.1 | Principe de l'équivalence | 227 |
| 5.2 | Droit de déterminer unilatéralement certaines prestations | 227 |
| 5.3 | Durée du contrat | 228 |
| III. | Éléments faisant, dans le doute, admettre le caractère abusif (§ 307 al. 2 BGB)..... | 228 |
| 1 | Généralités | 228 |

Table des matières détaillée

| | | |
|---|--|-----|
| 2 | Clause incompatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elle déroge (ch. 1)..... | 230 |
| 2.1 | Réglementation légale | 230 |
| 2.2 | Principes fondamentaux | 230 |
| 2.3 | Dérogação incompatible | 231 |
| 2.4 | Exemples jurisprudentiels | 231 |
| 3 | Clauses restreignant à tel point les droits ou obligations résultant de la nature du contrat qu'elles mettent en danger le but de celui-ci (§ 307 al. 2, ch. 2 BGB)..... | 232 |
| 3.1 | Généralités | 232 |
| 3.2 | Droits et obligations résultant de la nature du contrat.... | 232 |
| 3.3 | Restriction..... | 233 |
| 3.4 | Mise en danger du but du contrat | 233 |
| 3.5 | Exemples jurisprudentiels | 234 |
| § 5 | <i>Obligation de transparence</i> | 234 |
| I. | Généralités | 234 |
| II. | Contenu | 235 |
| 1 | Clarté et intelligibilité..... | 235 |
| 2 | Description précise des droits et obligations des parties | 235 |
| 3 | Interdiction de tromper | 236 |
| III. | Limites | 236 |
| IV. | Sanctions | 237 |
| § 6 | <i>Prise en compte des circonstances dans les contrats de consommation ..</i> | 238 |
| § 7 | <i>Listes de clauses (§§ 308 s. BGB)</i> | 239 |
| I. | Généralités | 239 |
| II. | Contenu | 239 |
| III. | Rapports avec la clause générale | 241 |
| CHAPITRE 9 : SORT DES CLAUSES ABUSIVES OU NON INTEGREES (§ 306 BGB) | | 241 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 241 |
| § 2 | <i>Validité du reste du contrat</i> | 242 |
| § 3 | <i>Contenu du reste du contrat</i> | 243 |
| I. | Suppression pure et simple d'une ou plusieurs clauses | 243 |
| II. | Interdiction de la nullité partielle..... | 243 |
| III. | Remplacement de la clause par le droit dispositif applicable..... | 245 |
| IV. | Interprétation complétive..... | 246 |
| § 4 | <i>Clauses salvatoires</i> | 247 |
| § 5 | <i>Nullité de l'ensemble du contrat</i> | 248 |
| § 6 | <i>Obligation de réparer le dommage</i> | 249 |
| CHAPITRE 10 : SYNTHESE | | 250 |
| § 1 | <i>Champ d'application personnel</i> | 250 |
| § 2 | <i>Champ d'application matériel</i> | 250 |
| § 3 | <i>Intégration</i> | 251 |

| | | |
|------|---|-----|
| § 4 | <i>Priorité des conventions individuelles</i> | 251 |
| § 5 | <i>Interprétation</i> | 251 |
| § 6 | <i>Contrôle du contenu</i> | 252 |
| § 7 | <i>Obligation de transparence</i> | 252 |
| § 8 | <i>Prise en compte des circonstances</i> | 253 |
| § 9 | <i>Listes de clauses</i> | 253 |
| § 10 | <i>Sanctions</i> | 253 |

PARTIE 6 : APPRECIATION DES SYSTEMES EXAMINES 255

CHAPITRE 1 : GENERALITES 255

| | | |
|-----|---|-----|
| § 1 | <i>Ensemble de règles aux contours relativement flous</i> | 255 |
| § 2 | <i>Règles complètes et efficaces</i> | 256 |
| | I. Complétude..... | 256 |
| | II. Efficacité..... | 256 |

CHAPITRE 2 : CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL 257

| | | |
|-----|---|-----|
| § 1 | <i>Généralités</i> | 257 |
| § 2 | <i>Critères pertinents</i> | 258 |
| | I. Critères « intermédiaires »..... | 259 |
| | 1 Généralités | 259 |
| | 2 Critiques du rapport direct..... | 259 |
| | 2.1 Problèmes d'application | 259 |
| | 2.2 Appréhension partielle de la problématique..... | 260 |
| | 3 Absence d'autres critères adéquats..... | 261 |
| | 4 Réserves d'ordre méthodologique | 262 |
| | 5 Conclusion | 262 |
| | II. Protection des seuls consommateurs | 262 |
| | 1 Existence de cas-limite | 262 |
| | 2 Manque de pertinence..... | 263 |
| | 2.1 Quant à la faiblesse « cognitive »..... | 263 |
| | 2.2 Quant à la faiblesse dans la négociation..... | 264 |
| | 2.3 Quant à l'objectif de politique économique poursuivi ... | 265 |
| | 2.4 Inégalité de traitement et « correctifs » | 266 |
| | III. Protection généralisée mais accrue pour le consommateur..... | 266 |
| | 1 Avantages d'une protection généralisée..... | 266 |
| | 1.1 Absence de problèmes de délimitation..... | 266 |
| | 1.2 Fiction « réaliste » | 267 |
| | 1.3 Bonne cohésion..... | 267 |
| | 1.4 Protection justifiée pour les professionnels..... | 267 |
| | 2 Protection accrue pour le consommateur | 268 |
| | 2.1 Notion de consommateur..... | 268 |
| | 2.2 Justification..... | 268 |
| | 2.3 Relativisation des problèmes de délimitation..... | 269 |
| | 2.4 Contenu des différences | 269 |

Table des matières détaillée

| | |
|--|------------|
| CHAPITRE 3 : CONTROLE DU CONTENU | 270 |
| § 1 <i>Sécurité du droit satisfaisante</i> | 270 |
| I. Généralités | 270 |
| II. Droit français | 272 |
| III. Droit allemand | 273 |
| IV. Droit communautaire | 274 |
| § 2 <i>Bonne pondération des intérêts en présence</i> | 274 |
| § 3 <i>Institutions voisines</i> | 276 |
| I. Obligation de transparence | 276 |
| II. Caractère surprenant | 280 |
| CHAPITRE 4 : CONCLUSIONS..... | 282 |
| CHAPITRE 5 : SYNTHÈSE | 284 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 284 |
| § 2 <i>Champ d'application personnel</i> | 284 |
| § 3 <i>Contrôle du contenu</i> | 285 |
| § 4 <i>Obligation de transparence</i> | 285 |
| PARTIE 7 : DROIT SUISSE DE LEGE FERENDA..... | 287 |
| CHAPITRE 1 : GENERALITES | 287 |
| § 1 <i>Modification législative</i> | 287 |
| § 2 <i>Réglementation succincte dans le CO</i> | 288 |
| I. Dans le CO..... | 288 |
| II. Règles succinctes | 289 |
| CHAPITRE 2 : PRISE EN COMPTE DES CIRCONSTANCES ENTOURANT LA CONCLUSION DU CONTRAT | 290 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 290 |
| § 2 <i>Inconvénients</i> | 290 |
| § 3 <i>Prise de position</i> | 291 |
| CHAPITRE 3 : CHAMP D'APPLICATION MATERIEL..... | 293 |
| § 1 <i>Généralités</i> | 293 |
| § 2 <i>Objet du contrat</i> | 293 |
| § 3 <i>Forme</i> | 294 |
| § 4 <i>Conditions générales d'affaires</i> | 294 |
| I. Notion | 294 |
| 1 Généralités | 294 |
| 2 Eléments | 295 |
| 2.1 Préformulation comme critère principal..... | 295 |
| 2.2 Grand nombre de cas | 295 |
| 2.3 Preuve de la possibilité de négocier | 295 |
| 2.4 Initiative de l'intégration | 296 |
| § 5 <i>Types de clauses exclues</i> | 297 |

| | | |
|---|--|-----|
| I. | Clauses reflétant des dispositions légales | 297 |
| II. | Clauses relatives à l'objet principal du contrat..... | 298 |
| III. | Rapport entre prix et prestation | 299 |
| IV. | Contrats relevant du droit du travail, des successions, de la famille, des sociétés ? | 300 |
| 1 | En général | 300 |
| 2 | Droit du travail..... | 301 |
| CHAPITRE 4 : INTEGRATION..... | | 301 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 301 |
| § 2 | <i>Nécessité et importance pratique</i> | 301 |
| § 3 | <i>Renvoi</i> | 302 |
| § 4 | <i>Possibilité de prendre connaissance des CGA</i> | 304 |
| I. | Consultation des clauses | 304 |
| II. | Caractère compréhensible des clauses..... | 305 |
| § 5 | <i>Conséquences d'un défaut d'intégration</i> | 306 |
| CHAPITRE 5 : INTERPRETATION <i>IN DUBIO CONTRA STIPULATOREM</i> | | 306 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 306 |
| § 2 | <i>Caractère subsidiaire</i> | 307 |
| § 3 | <i>Interprétation « kundenfeindlich »</i> | 307 |
| CHAPITRE 6 : PRIORITE DES CONVENTIONS INDIVIDUELLES | | 309 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 309 |
| § 2 | <i>Fondement dogmatique</i> | 310 |
| § 3 | <i>Portée</i> | 311 |
| § 4 | <i>Clause de forme écrite</i> | 311 |
| § 5 | <i>Inutilité d'un ancrage législatif</i> | 312 |
| CHAPITRE 7 : CONTROLE DU CONTENU | | 313 |
| § 1 | <i>Clause générale</i> | 313 |
| I. | Généralités | 313 |
| II. | Éléments..... | 313 |
| 1 | Généralités | 313 |
| 2 | Critères différents de ceux des systèmes examinés ? | 313 |
| 3 | « Déséquilibre significatif » ou « désavantage inapproprié »? . | 314 |
| 4 | Contrariété à la bonne foi | 315 |
| III. | Questions particulières..... | 316 |
| § 2 | <i>Dérogations aux règles légales et au but du contrat</i> | 318 |
| I. | Généralités | 318 |
| II. | Pertinence..... | 318 |
| III. | Importance pratique | 319 |
| 1 | Droit français | 319 |
| 2 | Droit allemand | 320 |
| IV. | Ancrage législatif..... | 320 |

Table des matières détaillée

| | | |
|---|--|-----|
| V. | Eléments..... | 321 |
| 1 | Dérogação au droit applicable | 321 |
| 1.1 | Dérogação | 321 |
| 1.2 | Droit applicable | 321 |
| 2 | Clauses mettant en danger le but du contrat | 322 |
| VI. | Valeur relative..... | 323 |
| § 3 | Liste de clauses..... | 325 |
| I. | Généralités | 325 |
| II. | Valeur..... | 325 |
| III. | Exigences fondamentales..... | 328 |
| 1 | Brièveté..... | 328 |
| 1.1 | Importance quantitative et caractère exhaustif..... | 328 |
| 1.2 | Inconvénients d'une liste longue | 328 |
| A. | Application mécanique | 329 |
| B. | Interprétation <i>a contrario</i> | 329 |
| C. | Déséquilibre du texte légal | 329 |
| D. | Considérations d'ordre politique | 330 |
| 2 | Souplesse et simplicité..... | 330 |
| 3 | Précision | 330 |
| IV. | Proposition de liste..... | 331 |
| 1 | Généralités | 331 |
| 2 | Inégalités formelles (« asymétries »)..... | 331 |
| 3 | Restriction de la possibilité pour le client de faire valoir ses droits | 332 |
| 4 | Clauses permettant des modifications unilatérales..... | 333 |
| 5 | Clauses permettant à l'utilisateur des CGA de ne plus exécuter ses obligations | 334 |
| CHAPITRE 8 : CONSEQUENCES DU CARACTERE ABUSIF D'UNE CLAUSE..... | | 334 |
| § 1 | <i>Suppression pure et simple</i> | 334 |
| § 2 | <i>Suppression, puis remplacement, de la clause</i> | 335 |
| § 3 | <i>Nullité partielle</i> | 335 |
| § 4 | <i>Nullité de l'ensemble du contrat</i> | 337 |
| § 5 | <i>Obligation de réparer le dommage</i> | 339 |
| CHAPITRE 9 : RESUME/PROPOSITION LEGISLATIVE..... | | 340 |
| CHAPITRE 10 : SYNTHESE | | 341 |
| § 1 | <i>Généralités</i> | 341 |
| § 2 | <i>Prise en compte des circonstances</i> | 342 |
| § 3 | <i>Champ d'application matériel</i> | 342 |
| § 4 | <i>Intégration</i> | 343 |
| § 5 | <i>Interprétation in dubio contra stipulatorem</i> | 343 |
| § 6 | <i>Priorité des conventions individuelles</i> | 344 |
| § 7 | <i>Contrôle du contenu</i> | 344 |

| | | |
|-------------------|---|------------|
| § 8 | <i>Conséquences du caractère abusif d'une clause.....</i> | 346 |
| PARTIE 8 : | CONCLUSION GENERALE | 347 |
| ANNEXE : | DECRET N° 2009-302 DU 18 MARS 2009..... | 349 |

TABLE DES ABREVIATIONS

| | |
|--------|--|
| aCst | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 |
| aff. | affaire |
| AGB | allgemeine Geschäftsbedingungen (= CGA) |
| AGBG | Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. September 1976 (= AGB-Gesetz) |
| AJ | Actualité juridique |
| AJP | Aktuelle Juristische Zeitschrift (= PJA) |
| al. | alinéa |
| Amtsg. | Amtsgericht |
| art. | article (Artikel = Art.) |
| AT | Allgemeiner Teil |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse |
| AVB | Allgemeine Versicherungsbedingungen ; Allgemeine Versorgungsbedingungen ; Allgemeine Vertragsbedingungen |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BaKomm | Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht |
| Bd. | Band (vol., t.) |
| BB | Betriebs-Berater |
| BG | Bundesgesetz (= LF) |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 |
| BGE | Bundesgerichts Entscheidung (= ATF) |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des BGH in Zivilsachen |
| BJM | Basler juristische Mitteilungen |
| BKomm | Berner Kommentar |

Table des abréviations

| | |
|-----------------------------|---|
| BO | Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, partie concernant le Conseil des États |
| BOCC | Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes |
| BT | Drucksache[n] des Deutschen Bundestages |
| CA | Cour d'appel |
| Cass. Ire civ. | Cour de cassation Chambre civile, première Chambre, 2 ^e : deuxième Chambre, etc. |
| Cass.Com | Cour de cassation Chambre commerciale |
| C.consom. | Code de la consommation français |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| C.civ. | Code civil français du 21 mars 1804 |
| CDW | collision damage waiver (anglais) |
| CE | Conseil d'Etat (français) |
| CEE | Communauté économique européenne |
| cf. | confer |
| CFF | Chemins de fer fédéraux |
| CGA | conditions générales d'affaires |
| ch. | chiffre |
| chap. | chapitre |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes |
| CLAB | Clauses abusives (banque de donnée de l'UE) |
| CML | Common Market Law Report |
| CO | LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations) (OR, CO ; RS 220) |
| consid. | considérant |
| Contrats, conc., consom. | Contrats, concurrence, consommation |
| CR-CO I | Commentaire romand du Code des obligations (art. 1-529) |
| CVIM | Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationales de marchandises (RS 0.221.211.1) |
| D | Recueil de jurisprudence Dalloz |

| | |
|------------|--|
| DAR | Deutsches Autorecht |
| DC | Recueil critique Dalloz, pour des références à la période de 1941 à 1944 |
| Dir. | Directive |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift |
| éd. | édition (Auflage = Aufl.) |
| édit. | Editeur(s) (Herausgeber = Hrsg.) |
| DP | Recueil périodique et critique Dalloz (avant 1941) |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EG-Vertrag | = TCE |
| ERPL | European Review of Private Law |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht |
| ex. | exemple |
| FF | Feuille fédérale |
| HAVE | Haftung und Versicherung (= REAS) |
| i.e. | id est |
| IPRax | Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts |
| INC Hebdo | Revue hebdomadaire de l'Institut national de la consommation |
| JCP | La Semaine juridique ou Juris-classeur périodique |
| JdT | Journal des Tribunaux |
| JO | Journal officiel de la République Française (lois et règlements) |
| JOCE | Journal officiel des communautés européennes |
| JZ | Juristen Zeitung-Schriftenreihe |
| LCA | LF du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1) |
| LCD | LF du 19 décembre 1986 sur la concurrence déloyale (RS 241) |
| let. | lettre |
| LF | loi fédérale (Bundesgesetz = BG) |
| LFors | LF du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272) |

Table des abréviations

| | |
|--------------|---|
| LG | Landgericht |
| LGVE | Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide |
| LIC | LF du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (RS 944.0) |
| Münch. Komm. | Commentaire munichois du BGB |
| n° | numéro |
| NJW | Neue juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Rechtsprechungsreport |
| obs. | observations (commentaire doctrinal à la suite de la publication d'une décision de justice) |
| off. | officiel(le) |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OR | = CO |
| P | projet |
| p. | page |
| PJA | Pratique juridique actuelle (= AJP) |
| PMU | Pari mutuel urbain |
| PPE | Propriété par étages |
| Pra | Die Praxis des Bundesgerichts |
| préc. | précédent (e) |
| R | Règlement |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht |
| RDC | Revue de droit des contrats (France) |
| RDS | Revue de droit suisse (=ZSR) |
| Rec. | Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes |
| recht | recht : Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis |
| REDC | Revue européenne de droit de la consommation |
| réf. | références |
| req. | requête |
| RIW | Recht der internationalen Wirtschaft |
| RJB | Revue de la Société des juristes bernois (= ZBJV) |

| | |
|---------|--|
| RJN | Recueil de jurisprudence neuchâteloise |
| RO | Recueil officiel des lois fédérales |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RSJB | Revue de la société des juristes bernois |
| RTDC | Revue trimestrielle de droit civil |
| s. | suivant(e) |
| ss | suivant(e)s |
| SAG | Schweizerische Aktiengesellschaft |
| schw. | schweizerisch (...) |
| SIA | Société suisse des ingénieurs et architectes |
| SIA-118 | Norme SIA-118, Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction |
| SJ | La semaine judiciaire |
| somm. | sommaire |
| TA | Tribunal administratif |
| TCE | Traité instituant la Communauté européenne |
| TF | Tribunal fédéral |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| TI | Tribunal d'instance |
| UWG | = LCD |
| VersR | Versicherungsrecht |
| vol. | volume |
| VuR | Verbraucher und Recht |
| VVG | Versicherungsvertragsgesetz |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| www | world wide web |
| ZBJV | = RSJB |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZGB | = CC |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis |
| ZKomm | Zürcher Kommentar |

Table des abréviations

| | |
|-----|---|
| ZR | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht (= RDS) |

BIBLIOGRAPHIE

- ABRAVANEL-JOLLY SABINE, Protection des consommateurs, La clause du contrat de télésurveillance par laquelle l'exercice de la faculté de résiliation est subordonnée au remboursement de la remise consentie par le professionnel lors de l'achat du matériel est abusive, in : JCP Entreprise et Affaires 2004, 386, p. 424 ss.
- AMAR JACQUES, Une cause perdue : la protection des consommateurs par le droit de la consommation, in : Contrats, concurrence, consommation, avril 2003, p. 7 ss.
- AMSTUTZ MARC, Interpretatio multiplex : zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in : Mélanges Kramer, Bâle et al. 2004, p. 67 ss.
- ANCEL PASCAL, Introduction en forme de dialogue franco-suisse, in : ANCEL PASCAL/AUBERT GABRIEL/CHAPPUIS CHRISTINE, L'abus de droit – comparaisons franco-suisse, Actes du séminaire de Genève (mai 1998) Saint-Étienne 2001, p. 15 ss.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La hiérarchie des règles, in : Probleme der Rechtssetzung, Referate zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1974, p. 193 ss.
- AVENA-ROBARDET VALERIE, Le doute profite toujours au consommateur, in : Recueil Dalloz 2003, n° 10, p. 693 ss.
- AYNÈS LAURENT/STOFFEL-MUNCK PHILIPPE, Décembre 2004-juin 2005 : embellie pour la sécurité des affaires, chronique, Droit et Patrimoine n° 141, octobre 2005, p. 90 ss.
- BAIER KIRSTEN, Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln, Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich, thèse Hambourg 2004.
- BAKOCHE DAVID, Le contrat accessoire à un contrat principal à caractère professionnel n'est pas soumis à la législation sur les clauses abusives, in : JCP 2004, p. 1234 ss. Cité : BAKOCHE, Le contrat accessoire.

Bibliographie

- BAKOCHE DAVID, L'application de la législation sur les clauses abusives aux personnes morales, JCP (éd. Entreprise et affaires), 2005, n° 769, p. 855 ss. Cité : BAKOCHE, L'application.
- BASEDOW JÜRGEN, Commentaire des § 305, 305a, 305b, 305c, 306, 306a, 310 BGB, in : KRÜGER WOLFGANG (édit.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 2, §§ 241-432 BGB, 5^{ème} éd., Munich 2006. Cité : BASEDOW, Münch. Komm., disposition.
- BASTY GREGOR, Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 01. 04. 2004, Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter, in : DNotZ 2004, p. 767 ss.
- BAUDENBACHER CARL, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz ? In : ZBJV 123 (1987), p. 505 ss. Cité : BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz.
- BAUDENBACHER CARL, « Was soll noch Art.8 UWG ? » « Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales ? », in : SAG 87, p.115 s. Cité : BAUDENBACHER, Was soll noch Art. 8 UWG ?
- BAUDENBACHER CARL, Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform, in : Das UWG auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 139 ss. Cité : BAUDENBACHER, Schwerpunkte.
- BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB – Kontrolle im Schweizerischen Recht, in : AGB – Eine Zwischenbilanz, Saint-Gall/ Berlin 1991, p. 18 ss. Cité : BAUDENBACHER, Ansätze.
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bâle et al. 2001. Cité : BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht.
- BAZIN ERIC, Le consentement du consommateur, thèse Reims, Villeneuve d'Ascq 2000.
- BECKER JÖRG, Commentaire des § 305, 305a, 310 BGB, in : BAMBERGER HEINZ GEROG/ROTH HERBERT (édit.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, 2^{ème} éd., Munich 2007. Cité : BECKER, disposition, in : BAMBERGER/ROTH.
- BELSER EVA MARIA, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, in : PJA 1998, p.433 ss.

- BERGER KLAUS PETER/KLEINE LUKAS, AGB-Gestaltung und Transparenzgebot, in : NJW 2007, p. 3526 ss.
- BERGER-WALLISER GERLINDE, Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nach Inkrafttreten des Code de la consommation und Umsetzung der EG-Richtlinie 93/13 in Frankreich, in : RIW 1996, p. 459 ss. Cité : BERGER-WALLISER, Missbräuchliche Klauseln.
- BERNARDEAU LUDOVIC, Clauses abusives et professionnels en droit français, commentaire d'arrêt, in : REDC 2002, p. 137 ss.
- BERT DANIEL, La Cour de cassation prend le contre-pied de la CJCE, in : Petites affiches 12 mai 2005, n° 94, p. 12 ss.
- BLANC GÉRARD, L'abus de droit dans les contrats en droit français, in : ANCEL PASCAL/AUBERT GABRIEL/CHAPPUIS CHRISTINE, L'abus de droit – comparaisons franco-suisse, Actes du séminaire de Genève (mai 1998) Saint-Étienne 2001, p. 117 ss.
- BORGES GEORG, Die Europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozess, in : RIW 2000, p. 933 ss.
- BÖRNER ANDREAS, Die « Heilung » von AGB durch die Berücksichtigung vertragsabschlussbegleitender Umstände nach § 24 a Nr. 3 AGBG, in : JZ 1997, p. 595 ss.
- BOUJEKA AUGUSTIN, Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français, in : Recueil Dalloz 2005, n° 28, p. 1948 ss.
- BRUNNER ALEXANDER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, in : RDS 1999, p. 305 ss.
- BRUSCHI MARC, Les clauses abusives, in : Lamy droit économique, Paris 2004, p. 1737 ss.
- BRUSCHI MARC/FENOUILLET DOMINIQUE, Commentaire de l'arrêt Cass., 1^{re} civ., 27. 09. 2005, in : RDC 2006, p. 359 ss.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zurich 1988.

Bibliographie

- BUNTE HERMANN-JOSEF, Handbuch des Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Munich 1982. Cité : BUNTE, Handbuch.
- BUNTE HERMANN-JOSEF, Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln, in : NJW 1984, p.1145 ss. Cité : BUNTE, Ergänzende Vertragsauslegung.
- CALAIS-AULOY JEAN/STEINMETZ FRANK, Droit de la consommation, 6^{ème} édition, Paris 2003.
- CHAZAL JEAN-PASCAL, Le consommateur existe-t-il ? in : Recueil Dalloz 1997, p. 260 ss. Cité : CHAZAL, Le consommateur existe-t-il ?
- CHAZAL JEAN-PASCAL, Clauses abusives, in : Répertoire de droit commercial, tome II, septembre 2002. Cité : CHAZAL, Répertoire.
- CLARET HÉLÈNE, Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation, in : Recueil Dalloz 2003, n° 38, p. 2600 ss.
- COESTER MICHAËL, AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, in : Mélanges Helmut Heinrichs, 1998, p. 99 ss.
- DAMM REINHARD, Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, in : JZ 1994, p. 161 ss. Cité : DAMM, Verbraucherrecht.
- DAVO HÉLÈNE, Clauses abusives : loi du février 1995 transposant la directive 93/13/CEE en droit français, in : ERPL 1998, p. 157 ss.
- DESSEMONNET FRANÇOIS, « Was soll noch Art. 8 UWG ? » « Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales ? », in : SAG 87, p.109 ss. Cité : DESSEMONNET, Was soll noch Art. 8 UWG ?
- DESSEMONNET FRANÇOIS, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 mars 1988, à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988, p 57 ss. Cité : DESSEMONNET, le contrôle judiciaire.
- ECKERT HANS-WERNER, Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-verträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, in : WM 1993, p. 1070 ss. Cité : ECKERT, Die EG-Richtlinie.
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997.

- FAVRE-BULLE XAVIER, Commentaire de l'arrêt ATF 119 II 443, in : JdT 1994, p. 636. Cité : FAVRE-BULLE, Commentaire d'arrêt.
- FAVRE-BULLE, XAVIER, Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives, in : Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, p. 139 ss. Cité : FAVRE-BULLE, Le rôle du principe de la bonne foi.
- FABRE-MAGNAN MURIEL, Les obligations, Paris 2004.
- FENOUILLET DOMINIQUE, Commentaire de l'arrêt CA Reims, 1^{re} civ., 07. 01. 2004, in : RDC 2004, p. 937 ss. Cité : FENOUILLET, Commentaire d'arrêt.
- FENOUILLET DOMINIQUE, La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant, deux pas en arrière !, in : RDC 2005, p. 718 ss. Cité : FENOUILLET, La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives.
- FENOUILLET DOMINIQUE, L'affaire *Chronopost*, un énième épisode douloureux... en attendant l'heureux épilogue ?, Commentaire de l'arrêt CE, 6 juillet 2005, in : RDC 2006, p. 375 ss. Cité : FENOUILLET, L'affaire.
- FENOUILLET DOMINIQUE, Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicule automobile, un arrêt... d'espèce ?, in : RDC 2006, p. 369 ss. Cité : FENOUILLET, Les clauses abusives.
- FORSTMOSER PETER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in : Mélanges Kummer, Berne 1980, p. 99 ss. Cité : FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung.
- FORSTMOSER PETER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz - Eine Standortbestimmung, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 5, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, p. 23 ss. Cité : FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis.
- FREITAG ROBERT, Commentaire de l'arrêt *Freiburger Kommunalbauten* (CJCE, aff. 237/02, 01.04.2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, Rec. 2004, p. 12), in : EWIR 2004, p. 397 ss.
- FREITAG ROBERT/RIEMENSCHNEIDER, MARKUS, Vollstreckbare Schuldanerkenntnisse in der deutschen und europäischen Klauselkontrolle - Zugleich Besprechung von EuGH, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft &*

Bibliographie

Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter, Rec. 2004, p. 12, in : WM 2004, p. 989 ss.

FREY KASPAR, *Wie ändert sich das AGB-Gesetz ?*, in : ZIP 1993, p. 572 ss.

GAUCH PETER, *Die Verwendung « missbräuchlicher Geschäftsbedingungen » - Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG*, in : Baurecht 1987, p. 50 ss. Cité : GAUCH, *Die Verwendung*.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, *Schweizerisches Obligationen-recht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, volume I, 8^{ème} éd., Zurich 2003.

GHESTIN JACQUES/MARCHESSAUX ISABELLE, *L'élimination des clauses abusives en droit français, à l'épreuve du droit communautaire*, in : REDC 1993, p. 67 ss. Cité : GHESTIN/MARCHESSAUX, *L'élimination*.

GHESTIN JACQUES/MARCHESSAUX ISABELLE, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995*, in : JCP 1995, 3854, p. 275 ss. Cité : GHESTIN/MARCHESSAUX, *L'application*.

GIGER HANS, *Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 5, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis*, Zürich 1982, p.59 ss. Cité : GIGER, *Grundsätzliches zum Einbezug*.

GIGER HANS, *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Zürich 1983. Cité : GIGER, *Geltungs- und Inhaltskontrolle*.

GOOL ROELAND VAN, *Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Francfort sur le Main 2002.

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, *AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz*, in : EWS 1993, p. 161 ss.

GUYET JACQUES, *Les conditions générales, les conditions commerciales « abusives » et l'art.8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, in : Mélanges Assista, Genève 1989, p. 47 ss.

HAU WOLFGANG, *Vorgaben des EuGH zur Klausel-Richtlinie*, in : IPRax 2001, p. 96 ss.

- HEINRICHS HELMUT, Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in : NJW 1993, p. 1817 ss. Cité : HEINRICHS, EG-Richtlinie.
- HEINRICHS HELMUT, Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung, in : NJW 1995, p. 153 ss. Cité : HEINRICHS, Umsetzung.
- HEINRICHS HELMUT, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in : Mélanges Trinkner, Heidelberg 1995, p. 157 ss. Cité : HEINRICHS, Das Transparenzgebot.
- HEINRICHS HELMUT, Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, in : NJW 1996, p. 2191 ss. Cité : HEINRICHS, Das Gesetz zur Änderung.
- HENRY XAVIER, Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ?, in : Recueil Dalloz affaires 2003, p. 2557 ss.
- HERTIG GÉRARD, « Was soll noch Art.8 UWG ? » « Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales ? », in : SAG 87, p.115 s. Cité : HERTIG, Was soll noch Art. 8 UWG ?
- HOMMELHOFF PETER/WIEDENMANN KAI-UDO, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, in : ZIP 1993, p. 562 ss.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3^{ème} éd., Bâle et Francfort 2007. Cité : auteur, BaKomm.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4^{ème} éd., Bâle et Francfort 2007. Cité : auteur, BaKomm.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^{ème} éd., Zurich 2006, p. 65 ss. Cité : HUGUENIN, OR-AT.
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in : Recht 1995, p. 85 ss. Cité : HUGUENIN JACOBS, Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Bibliographie

- HÜRLIMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, thèse Fribourg 1984.
- JACOB FRANÇOIS/TISSERAND-MARTIN ALICE/VENANDET GUY/WIEDERKEHR GEORGES/HENRY XAVIER, Code civil Dalloz, 106^{ème} édition, Paris 2007 (code civil français annoté).
- JOOST DETLEV, Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Engeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in : ZIP 1996, p. 1685 ss.
- KIENINGER EVA-MARIA, Commentaire du § 307 BGB, in : KRÜGER WOLFGANG (édit.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 2, §§ 241-432 BGB, 5^{ème} éd., Munich 2006. Cité : KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band I, Berne 2006.
- KOLLER THOMAS, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Mélanges pour le 60e anniversaire de Heinrich Honsell, Zurich 2002, p. 223 ss.
- KÖTZ HEIN, Volume 1, in : KÖTZ HEIN/FLESSNER ALEX, Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 1996. Cité : KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht.
- KRAMER ERNST A, Allgemeine Geschäftsbedingungen : Status quo, Zukunftsperspektiven, in : RDS 81 (1985), p.17 ss. Cité : KRAMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen.
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, in : Berner Kommentar, Bd VI/1, Berne 1986. Cité : KRAMER, BKomm, disposition.
- KRAMER ERNST A., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), Teilband, Unterteilband 1a (Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR), Berne 1991. Cité : KRAMER, BKomm, disposition.
- KUHN MORITZ, Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) unter Mitberücksichtigung von Art. 33 VVG, in : Mélanges Honsell, Zurich et al., 2002, p. 567 ss.

- LAGARDE XAVIER, Qu'est-ce qu'une clause abusive ? – Etude pratique, in : JCP 2006, p. 255 ss.
- LEIBLE STEFAN, Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, in : RIW 2001, p. 422 ss.
- LEVENEUR LAURENT, Commentaire de l'arrêt Cass 2^e civ., 18. 03. 2004, in : Contrats, concurrence, consommation, mai 2004, p. 19 ss.
- MALAURIE PHILIPPE/AYNES LAURENT/STOFFEL-MUNCK PHILIPPE, Droit civil, Les obligations, 3^e édition, Paris 2007.
- MARKWARDT KARSTEN, Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln durch den EuGH, in : ZIP 2005, p. 152 ss.
- MATT PETER C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung : ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG ?, Bâle/Francfort 1997.
- MAZEAUD DENIS, Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? in : Mélanges Blanc-Jouvan, Paris 2005, p. 309 ss.
- MEILHAC GAËLLE, Le nouveau Droit Français des Clauses Abusives : un Nouveau Départ pour le Juge ?, in : Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, p. 291 ss.
- MERZ HANS, Massenvertrag und allgemeine Geschäftsbedingungen, in : Mélanges Schönenberger, Fribourg 1968, p. 137 ss.
- MESTRE JACQUES, Jurisprudence française en matière de droit civil, Obligations et contrats spéciaux, Clauses abusives et professionnels, in : RTDC 1996, p. 609 ss.
- MICHALSKI LUTZ, Änderungen des AGB-Gesetzes durch die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, in : DB 1994, p. 665 ss.
- MICKLITZ HANS-WERNER, AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen – Eine Skizze, in : ZEuP 1993, p. 522 ss. Cité : MICKLITZ, AGB-Gesetz.
- MICKLITZ HANS-WERNER, Verbandsklage und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, in : ZIP 1998, p. 937 ss. Cité : MICKLITZ, Verbandsklage.

Bibliographie

- MICKLITZ HANS-WERNER, REICH NORBERT/MICKLITZ HANS-WERNER (édit.),
Europäisches Verbraucherrecht, 4^{ème} édition, Baden-Baden 2003. Cité :
MICKLITZ, Verbraucherrecht.
- MOURY JACQUES, Une embarrassante notion: l'économie du contrat, D. 2000, n°
24, p. 382 ss.
- MÜLBERT PETER O., Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-
Kontrolle, in : PJA 1995, p. 723 ss.
- MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privat-
recht, in : NJW 1993, p. 13 ss.
- NASSALL WENDT, Die Auswirkung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln
in Verbrauchererträgen auf nationale Individualprozesse, in : WM 1994,
p. 1645 ss. Cité : NASSALL, Die Auswirkung.
- NASSALL WENDT, Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln
in Verbraucherverträgen – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung gemeinschaftsrechtlicher
Generalklauseln, in : JZ 1995, p. 689 ss. Cité : NASSALL,
Die Anwendung.
- NASSALL WENDT, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in : WIEDMANN THOMAS/
GEBAUER MARTIN (édit.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, die richt-
linienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze ; Erläuterung der
wichtigsten EG-Verordnungen, Stuttgart et al. 2005, p. 141 ss. Cité : NAS-
SALL, Allgemeine Geschäftsbedingungen.
- NIEBLING JÜRGEN, Die Inhaltskontrolle von Preisen und Leistungen nach dem
AGBG, in : WM 1992, p. 845 ss.
- OFTINGER KARL, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, in : RDS 57 II
(1938), p. 481a ss.
- PAISANT GILLES, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°
95-96 du 1^{er} février 1995, in : Recueil Dalloz Sirey 1995, 14^{ème} cahier, p. 99
ss. Cité : PAISANT, Les clauses abusives et la présentation.
- PAISANT GILLES, Les critères d'appréciation du caractère abusif des clauses, in :
INC Hebdo 1997, p. 6 ss. Cité : PAISANT, Les critères.

- PAISANT GILLES, L'ambiguïté d'une clause dans un contrat avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif, in : JCP, E, 2001, 10 631, p. 2160 ss. Cité : PAISANT, L'ambiguïté.
- PAISANT Gilles, Note de l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 12. 03. 2002, in : JCP 2002, II 16 163 (p. 1903 ss). Cité : PAISANT, Note d'arrêt.
- PAISANT GILLES, A la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « *rapport direct* », in : JCP 2003, I 121, p. 549 ss. Cité : PAISANT, A la recherche du consommateur.
- PEDRAZZINI MARIO M./PEDRAZZINI FEDERICO M., Unlauterer Wettbewerb UWG, 2^{ème} éd., Berne 2002.
- PFEIFFER THOMAS, Die Unwirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln nach der Klauselrichtlinie, in : ZEuP 2003, p. 141 ss.
- PICHONNAZ PASCAL, La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système et régime particulier, in : Droit de la consommation, liber amicorum Bernd Stauder, 2006, p. 323 ss. Cité : Pichonnaz, La protection.
- PICHONNAZ PASCAL, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse ?, in : Mélanges Tercier, 2008, p. 377 ss. Cité : Pichonnaz, vers un contrôle amélioré.
- PICOD YVES/DAVO HELENE, Droit de la consommation, Paris 2005.
- PIZZIO JEAN-PIERRE, Code de la consommation, 2^{ème} édition, Paris 1996.
- RAMBERG JAN, International Commercial Transactions, Paris et al. 2000.
- RAYMOND GUY, Commentaire de l'arrêt TI Roubaix, 11. 06. 2004, in : Contrats, concurrence, consommation, août-septembre 2004, p. 25 ss. Cité : RAYMOND, Commentaire d'arrêt.
- RAYMOND GUY, Clauses abusives, in : Juris-classeur, concurrence-consommation, Paris 2006. Cité : RAYMOND, Juris-classeur.
- REICH NORBERT, Die Vorlagepflicht auf teilharmonisierten Rechtsgebieten am Beispiel der Richtlinien zum Verbraucherschutz, in : RabelsZ 2002, p. 531 ss.

Bibliographie

- REMIEN OLIVER, AGB-Gesetz und Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in ihrem europäischen Umfeld, in : ZEuP 1994, p. 34 ss. Cité : REMIEN, AGB-Gesetz.
- REMIEN OLIVER, Die Vorlagepflicht bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, in : RabelsZ 2002, p. 503 ss. Cité : REMIEN, Vorlagepflicht.
- RIESENHUBER KARL, Europäisches Vertragsrecht, Berlin 2003.
- RONDEY CELINE, Clause abusive : une personne morale est protégeable..., commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation Cass., 1^{re} civ., 15. 03. 2005, in : Recueil Dalloz 2005, p. 887 ss. Cité : RONDEY, Une personne morale est protégeable.
- RÖTHEL ANNE, Missbräuchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie : Aufgabenteilung im supranationalen Konkretisierungsdialog, in : ZEuP 2005, p. 418 ss.
- ROTT PETER, Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlicher AGB- Zum Cofidis-Urteil des EuGH, in : EuZW 2003, p. 5 ss.
- SACK ROLF, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, in : Das UWG auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 113 ss.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD NATACHA, De la définition du consommateur, in : JCP 2002, p. 1237 ss. Cité : SAUPHANOR-BROUILLAUD, De la définition.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD NATACHA, Commentaire de l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 29. 12. 2002, in : JCP 2003, I 122, p. 559 ss. Cité : SAUPHANOR-BROUILLAUD, Commentaire d'arrêt.
- SCHLOSSER PETER , AGB-Gesetz : Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, Berlin 1980.
- SCHMIDT HUBERT, Commentaire des § 305 b, 305 c, 306, 307 BGB, in : BAMBERGER HEINZ GEROG/ROTH HERBERT (édit.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, 2^{ème} éd., Munich 2007. Cité : SCHMIDT HUBERT, disposition, in : BAMBERGER/ROTH.
- SCHMIDT MAREK, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, in : RabelsZ 1995, p. 569 ss.

- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (art. 1-529 OR), 3^{ème} éd., Teilband V 1a, Zurich 1973. Cité : SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZKomm, disposition.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4^{ème} éd., Berne 2006.
- SCHWINTOWSKI HANS-PETER, Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine empirische Studie, in : HAVE 3/2006, p. 218 ss.
- STARCK BORIS/ROLAND HENRI/BOYER LAURENT, Droit civil, Les obligations, 2. contrats, 6^{ème} éd., Paris 1998.
- STAUDER BERND, Droit suisse, in : Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Paris 1991, p. 95 ss. Cité : STAUDER, Les clauses limitatives ou exonératoires.
- STAUDER BERND, Les clauses abusives en droit suisse. Situation actuelle et perspectives, in : Revue européenne de droit de la consommation (REDC) 1991, p. 82 ss. Cité : STAUDER, Les clauses abusives.
- STAUDER BERND, Schwerpunkte der Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in : Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, p 11 ss. Cité : STAUDER, Schwerpunkte.
- STAUDER BERND, Le consommateur – enfant chéri ou mal-aimé du législateur?, in : Le législateur et le droit privé, colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, 2006, p. 145 ss. Cité : STAUDER, Le consommateur enfant-chéri.
- STOCKAR KONRAD H., Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Bâle/Stuttgart 1971.
- STOFFELS MARKUS, AGB-Recht, Munich 2003.
- STUYCK JULES, Commentaire de l'arrêt Océano, (CJCE, aff. C-240 à C-244, 27. 06. 2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. off. 2000, p. I-4941) in : CML Rev. 2001, p. 719 ss.
- TENREIRO MARIO, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, in : Revue Europe, mai 1993, p. 1 ss. Cité : TENREIRO, Les clauses abusives.

Bibliographie

- TENREIRO MARIO, Libres commentaires, Sur le critère de la clause abusive, Journées d'étude sur les clauses abusives, in : INC Hebdo 1997, p. 39 ss. Cité : TENREIRO Libres commentaires.
- TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 3^e éd., Zurich 2003.
- TERRÉ FRANÇOIS/SIMLER PHILIPPE/LEQUETTE YVES, Droit civil – Les obligations, 9^{ème} éd., Paris 2005.
- TESTU FRANÇOIS-XAVIER, Le juge et le contrat d'adhésion, in : JCP 1993, I, 3673, p. 197 ss. Cité : TESTU, Le juge.
- TESTU FRANÇOIS-XAVIER, La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, in : Dalloz affaires 1996, p. 372 ss. Cité TESTU, La transposition.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation et Loi sur les voyages à forfait, Genève/Bâle/Munich 2003. Cité : auteur, CR-CO I.
- TROCHU MICHEL, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, in : Recueil Dalloz Sirey 1993, p. 315 ss.
- ULMER PETER, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in : EuZW 1993, p. 337 ss. Cité : ULMER, Zur Anpassung.
- ULMER PETER, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln, Zum Verhältnis von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung, in : NJW 1981, p. 2025 ss. Cité : ULMER, Teilunwirksamkeit.
- ULMER PETER/BRANDNER HANS ERICH/HENSEN HORST-DIETHER (édit.), AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG, 10^e éd., Cologne 2006. Cité : auteur, disposition, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.
- VIGNEAU VINCENT, Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, in : Gazette du Palais 2002, p. 1279 ss.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Bruxelles/Zurich 2006.

- WELLENHOFER-KLEIN MARINA, Strukturell ungleiche Verhandlungsmacht und Inhaltskontrolle von Verträgen, in : ZIP 1997, p. 774 ss.
- WESSNER PIERRE, Les contrats d'adhésion : Quelle protection pour la partie réputée la plus faible ?, in : RDS 1986 I, p. 161 ss.
- WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000 (www.ofj.admin.ch/bj/fr/home.html, rubriques: projets législatifs → économie → responsabilité civile).
- WIEGAND WOLFGANG, Die Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, in : Mélanges Kramer, Bâle et al. 2004, p. 331 ss.
- WITZ CLAUDE, Der Schutz gegen missbräuchliche Klauseln im französischen Recht - Eine Annäherung an das deutsche Recht ?, in : Mélanges Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, p. 1045 ss.
- WOLF MANFRED, Commentaire de la directive 93/13, respectivement de l'AGBG, in : WOLF MANFRED/HORN NORBERT/LINDACHER WALTER F., AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 4^{ème} édition, Munich 1999. Cité : WOLF, article, respectivement, WOLF, §.
- ZWEIGERT KONRAD/ KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung : auf den Gebiete des Privatrecht, Tübingen 1996.

PARTIE 1 : INTRODUCTION GENERALE

Chapitre 1 : Généralités

- 1 Les CGA jouent un rôle central dans le droit des contrats. Elles sont fort répandues dans tous types de conventions. Elles posent en outre des problèmes bien spécifiques et ont été, dans notre pays, l'objet de nombreuses publications dans les années 1970 et 1980 ; elles ont du reste été, bien au-delà de nos frontières, un sujet majeur de préoccupation en droit des contrats dans le dernier quart du 20^e siècle. Depuis quelques années pourtant, cette thématique semble avoir suscité moins d'intérêt en Suisse.
- 2 Pourtant, la réglementation – légale et jurisprudentielle – de cette matière, dénoncée à l'époque comme lacunaire, n'a guère évolué. Il est dès lors intéressant de se pencher sur une éventuelle modification de notre droit. Le moment est d'autant plus opportun que l'Union européenne a édicté une directive sur cette matière il y a une quinzaine d'années¹. C'est dire que nous disposons aujourd'hui de suffisamment de recul pour tirer des enseignements de ce texte, qui pourrait, dans une certaine mesure du moins, servir de modèle à la Suisse.

Chapitre 2 : Problématique

§ 1 Généralités

- 3 La formule classique pour désigner l'origine historique des conditions générales d'affaires, consiste à dire, en paraphrasant de manière un peu triviale un air de Bizet, qu'elles sont « *enfant de la révolution industrielle* »², la standardisation des processus de fabrication ayant entraîné celle du processus de la conclusion du contrat. Dans un monde qui devient sans cesse plus complexe, cet instrument, utilisé initialement dans quelques secteurs bien précis (transports, banque, assurance, construction notamment), s'est rapidement étendu à tous les domaines économiques. Depuis quelques années déjà, seuls les contrats les plus banals (achat d'un journal ou d'un morceau de pain,

¹ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE° L 95 du 21. 04. 1993, p. 29-34.

² Voir par exemple ZWEIGERT/KÖTZ, p. 325.

par exemple) y échappent. Il suffit pour s'en convaincre de conclure n'importe quel contrat sur internet, sans égard à la valeur des biens ou services à acquérir. Toutefois, en Europe en tout cas, ce n'est que dans les années 1970 que les différents législateurs se sont penchés sur cette problématique, la République fédérale allemande ayant à cet égard fait œuvre de pionnier avec une loi de 1976.

§ 2 Effets bénéfiques

- 4 En décrivant précisément les droits et obligations des parties, l'utilisateur des CGA peut calculer avec exactitude ses coûts³, en cherchant à prévoir tous les cas de figure possibles⁴. *A priori*, la sécurité du droit est donc accrue⁵ et le risque de litiges diminué⁶.
- 5 Les CGA présentent l'avantage d'une certaine spécialisation, en ce sens que le droit dispositif est modifié en fonction des besoins spécifiques à telle ou telle branche économique⁷. Cet élément contribue à ce que les CGA soient relativement uniformes dans tel ou tel secteur. Dans le même ordre d'idées, les CGA donnent la possibilité à leur utilisateur d'« actualiser » les normes du droit dispositif qui bien souvent, ne répondent plus aux impératifs commerciaux d'aujourd'hui⁸.
- 6 On attribue aussi d'autres vertus aux CGA. Leur usage permet à l'utilisateur d'avoir recours à des non juristes pour la conclusion du contrat⁹. Elles assurent une certaine égalité de traitement entre les contractants¹⁰. Elles permettent en outre une adaptation rapide à des changements techniques ou économiques¹¹.

³ FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 31 et les réf. citées.

⁴ BUCHER, BaKomm, art. 1, n° 47.

⁵ DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 40.

⁶ FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 31 et les réf. citées.

⁷ FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 31 et les réf. citées ; BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz, p. 507.

⁸ DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 41.

⁹ FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 30 et les réf. citées ; KOLLER, § 23, n° 6.

¹⁰ DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 40.

¹¹ BUNTE, Handbuch, p. 2.

- 7 C'est donc un effet de rationalisation qui, à bien des égards, est visé par l'utilisation de CGA. En soi, celui-ci est positif, puisque le client en profite (baisse des coûts, et donc obtention, au final, d'un prix moins élevé)¹².
- 8 Mais la fonction principale des CGA est de limiter les risques de leur utilisateur, soit de transférer certains risques et certaines charges sur le partenaire contractuel¹³, ce qui est source de dangers pour le client.

§ 3 Risques d'abus

- 9 Le risque que les clauses préformulées soient si défavorables au client et si favorables à leur utilisateur qu'elles en deviennent abusives est important. Car la conclusion de contrats comprenant des CGA place l'utilisateur des clauses préformulées dans une position de force. Celle-ci s'explique par une asymétrie qui comprend plusieurs aspects, souvent inextricablement liés les uns aux autres : ceux-ci sont d'ordres stratégique, intellectuel, économique, temporel et psychologique.
- 10 De manière générale, celle des parties qui propose en premier un projet de contrat en retire un avantage stratégique indéniable¹⁴. En effet, il pose ainsi une base que son partenaire contractuel devra nécessairement discuter point par point s'il entend s'en écarter. Or, une telle discussion se heurte à de nombreux obstacles lorsque le contrat comprend des CGA.
- 11 Le premier est de nature cognitive. En effet, les CGA sont souvent difficilement compréhensibles par le laïque. Certes, ce déficit pourrait être comblé par le recours à un homme de loi. Toutefois, cela prendrait trop de temps et induirait des coûts en principe disproportionnés par rapport à la nature de l'affaire. En cela, la situation de l'utilisateur des CGA est bien différente. Car celui-ci n'est soumis à aucune pression de temps lorsqu'il rédige ses conditions contractuelles. De plus, l'enjeu est pour lui considérable, eu égard à la multitude de contrats qui seront conclus avec des CGA.
- 12 Dans les cas où ce premier écueil ne s'avérerait pas rédhibitoire, les coûts de transactions engendrés par la lecture de clauses souvent nombreuses, ainsi que le temps et l'énergie nécessaires à (tenter de) convaincre l'utilisateur des CGA de bien vouloir modifier celles-ci, seraient malgré tout trop élevés.

¹² BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz, p. 507.

¹³ FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 31 s. et les réf. citées.

¹⁴ MERZ, p. 139.

- 13 Cela est d'autant plus vrai que les clauses susceptibles d'être défavorables au client concernent la plupart du temps les hypothèses dans lesquelles « les choses tournent mal ». Or, en règle générale, le client ne pense pas à ces cas de figure et, dans le cas contraire, il espère – et cela n'est pas forcément déraisonnable – que l'exécution du contrat se passera sans problème¹⁵.
- 14 A ces difficultés s'ajoute, dans la règle, un important déséquilibre économique entre les parties, lequel permet en principe à l'utilisateur des CGA de refuser toute négociation. Ce faisant, la partie forte au contrat ne prend quasiment aucun risque. Car, lorsque le déséquilibre économique est avéré, la perte d'un client n'a que des conséquences insignifiantes pour cette partie. De plus, l'utilisateur des CGA sait qu'il ne vaut souvent pas la peine pour le client potentiel de rechercher un autre partenaire contractuel, puisque ce client se heurtera vraisemblablement à des conditions contractuelles très semblables. Ce dernier phénomène s'explique par le fait que les CGA sont peu à même, en raison de leur complexité, de jouer un rôle en matière de concurrence et par la volonté de tous les utilisateurs de CGA de limiter au maximum des risques qui, pour un secteur donné, sont forcément similaires pour tous les acteurs économiques.
- 15 On ne s'étonnera dès lors pas que ces éléments, considérés dans leur ensemble, découragent d'emblée l'écrasante majorité des clients qui, consciemment ou non, sans qu'on puisse leur en faire grief, considèrent qu'il est aussi insensé de vouloir remettre en cause des CGA que de se battre contre des moulins à vent.
- 16 On peut ainsi affirmer qu'aux faiblesses classiques du droit civil (manque de capacité de discernement, vices du consentement, inexpérience, légèreté ou nécessité), s'ajoute, lorsque des CGA interviennent, une faiblesse d'ordre structurel¹⁶, dont le droit civil « traditionnel » (celui des grandes codifications) ne tient pas compte et qui, vu les spécificités qui viennent d'être indiquées, ne peut être corrigée que par un contrôle du contenu des clauses. Celui-ci aura pour objectif de s'assurer que telle ou telle clause n'est pas abusive.
- 17 L'idée de protéger la partie faible – et singulièrement le consommateur, comme le fait le droit communautaire – ne repose pas uniquement sur des considérations sociales ; elle se fonde également sur des motifs d'ordre économique. En effet, toute économie de marché suppose que les prix des

¹⁵ Ainsi BASEDOW se demande-t-il (Münch. Komm., vor § 305 BGB, n° 5) pourquoi lors de l'achat d'un aspirateur, le client tenterait de faire supprimer la clause lui imputant les frais d'envoi en cas de réparation, alors que seul un nombre statistiquement très faible de ces appareils s'avère défectueux.

¹⁶ BELSER, p. 437.

biens et services sont définis par le jeu de la concurrence. Plus cette dernière est forte et plus les consommateurs bénéficieront de prix bas ; la concurrence favorise également le progrès et l'innovation. Ce mécanisme ne fonctionne pourtant que si le consommateur est à même de choisir le bien ou le service qui lui convient le mieux, compte tenu de ses contraintes. Ce choix « éclairé » nécessite une certaine transparence du marché, qui porte sur plusieurs éléments, et notamment « *les conditions contractuelles, les obligations juridiques et les coûts, ouverts ou cachés, des produits et services* »¹⁷.

- 18 Il faut encore préciser que les CGA suscitent nombre d'autres questions qui, certes secondaires par rapport à celle du caractère abusif – et d'ailleurs intrinsèquement liées à cette dernière –, n'en sont pas moins importantes. Il s'agit en particulier de savoir (1) si et dans quelle mesure la volonté réciproque et concordante des parties porte sur la présence de CGA (problématique dite de l'intégration, ou de l'incorporation), (2) comment il convient d'interpréter les CGA et (3) si et, cas échéant comment un contrat entaché de clauses abusives doit être corrigé (problématique de la sanction).

§ 4 Difficultés

- 19 La question centrale, en matière de CGA, est – faut-il le préciser – de savoir à partir de quand une clause doit être qualifiée d'abusive. Cette opération est difficile.
- 20 Cela tient avant tout à ce que la notion d'abus est, par nature, floue et empreinte d'une certaine subjectivité. Cela est dû également au fait que cette notion est ici envisagée dans un contexte très large. En effet, en autorisant le contrôle du contenu de toute clause figurant dans des CGA, on ne pose qu'une restriction formelle ; matériellement, en revanche, n'importe quelle clause (peu importe son objet) est appréhendée. Dès lors, et c'est le moins que l'on puisse dire, l'abus qu'on entend réprimer ici est polymorphe. L'identification d'une clause abusive est donc difficile – il est forcément bien plus malaisé d'établir une typologie en la matière que, par exemple, lorsqu'on entend protéger le locataire ou le travailleur puisque, dans ces derniers cas, l'abus est lié à des situations de fait bien précises.
- 21 Enfin, il faut relever que l'on ne dispose guère de recul par rapport à cette question, puisque celle-ci ne se posait pas avant la fin du 19^e siècle et qu'il a fallu attendre la seconde moitié du 20^e siècle pour que la science juridique s'y intéresse de près. Cette thématique est donc bien récente, du moins si l'on

¹⁷ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 11.

considère que quasiment toutes les autres problématiques du droit des obligations trouvent leur fondement dans le droit romain et ont depuis lors été amplement discutées.

- 22 Dans ces conditions, et vu que le contrôle du contenu d'une clause remet largement en question le sacro-saint principe de la fidélité contractuelle, il n'est pas totalement insoutenable, *a priori* du moins, de considérer qu'un tel instrument est une sorte de monstre juridique qu'il vaudrait mieux ne pas approcher.

Chapitre 3 : Démarche

§ 1 Généralités

- 23 Le droit suisse, précisément, est réputé adopter, dans la pratique en tout cas, ce genre d'attitude timorée. C'est ce que nous vérifierons dans la première partie de ce travail.
- 24 Ensuite, nous examinerons la Dir. 93/13, laquelle, au contraire, institue un contrôle du contenu des CGA. Ce choix semblait s'imposer, vu que ce texte pose un cadre commun à 27 États qui nous entourent. Une directive européenne ne vaut toutefois jamais pour elle-même, mais seulement au travers des législations que les États membres instituent pour la transposer dans leur droit interne. Nous avons décidé d'étudier les droits allemand et français, soit les droits étrangers qui ont le plus influencé notre droit privé.
- 25 Cela nous permettra d'aborder la « question principale » de ce travail, à savoir : notre pays ne devrait-il pas – et, le cas échéant dans quelle mesure et comment – s'inspirer du modèle communautaire (respectivement des deux ordres juridiques examinés qui en découlent) ?
- 26 Le droit suisse *de lege lata* sera abordé de manière relativement succincte ; notre démarche étant surtout prospective, nous nous contenterons d'en dégager l'essence. Nous traiterons plus en détail les systèmes communautaire, français et allemand. Toutefois, dans ces derniers cas, la doctrine et la jurisprudence sont si riches que nous ne pouvons en aucun cas prétendre à l'exhaustivité. Il faut encore préciser ici que les parties 3, 4 et 5 se veulent purement « descriptives » ; ce n'est que dans les parties 6 et 7 que nous commenterons les solutions retenues par ces ordres juridiques.
- 27 Chacune des questions traditionnelles de la lutte contre les clauses abusives dans les CGA – champs d'application personnel et matériel, intégration, interprétation, priorité des accords individuels, transparence, contrôle du contenu et sanctions – est si large qu'elle pourrait faire l'objet à elle seule d'une thèse (au moins). En les examinant toutes, dans plusieurs ordres juridiques de surcroît, nous sommes contraint de traiter le sujet de manière parfois relativement superficielle. Toutefois, ces problématiques forment un système, au sein duquel elles interagissent. Et c'est bien en terme de système que le législateur suisse devra penser s'il entend un jour intervenir en matière de CGA. C'est pourquoi il est sensé, en dépit des inconvénients que cela comporte, d'appréhender la problématique de manière « globale ».

§ 2 *Délimitations*

- 28 La problématique des CGA, telle que décrite ci-dessus, suscite un très grand nombre de questions. Ainsi, en droit allemand par exemple, les dispositions pertinentes du BGB, soit les §§ 305 à 310, font l'objet de commentaires dont les plus volumineux comprennent deux mille pages environ ; en Allemagne également, certains ouvrages traitant uniquement des CGA en matière de droit du travail se composent de plusieurs centaines de pages. Nous devrons donc, pour que cet ouvrage reste dans des proportions raisonnables, procéder à de sévères limitations, tout en sachant que les thématiques ici exclues sont, à n'en pas douter, fort intéressantes et permettraient une meilleure vue d'ensemble du sujet.
- 29 Nous nous bornerons à une approche relevant purement du droit privé à l'exclusion du droit public. Cela signifie que nous ne nous préoccupons pas des cas-limites ni d'éventuelles solutions particulières qui devraient leur être appliquées. Cette limitation fait que nous n'aborderons pas la problématique d'un contrôle préalable des CGA, qui relève du droit administratif (du reste, le droit communautaire est défavorable à cette méthode, puisqu'il interdit tout contrôle préalable en matière d'assurances privées). Cela veut également dire que nous ne traiterons pas des problèmes relevant du droit de procédure ; nous ne parlerons donc pas des procédures collectives (actions d'associations ou autres groupements similaires) qu'impose notamment la Dir. 93/13¹⁸. Nous ne parlerons pas non plus – cette thématique ne ressortant pas forcément du droit public – des contrats de services publics (fourniture d'eau, d'électricité ou encore transport). Ces questions font couler beaucoup d'encre, en France comme en Allemagne; leur complexité est telle qu'il ne serait pas raisonnable de les traiter ici.
- 30 Le présent travail se focalisera sur les principes applicables spécifiquement aux CGA. Il ne saurait ici être question d'examiner toutes les institutions des parties générale et spéciale du CO – et leurs équivalents dans les droits français et allemand – susceptibles d'empêcher, dans certains cas précis, des abus en matière contractuelle. Nous ne pourrons pas non plus traiter des rapports entre ces deux ensembles.
- 31 Nous n'évoquerons pas de problèmes relatifs au droit international privé, si ce n'est rapidement lors de l'examen de la Dir. 93/13, qui contient une disposition spécifique à ce sujet.

¹⁸ Art. 7.

- 32 Enfin, nous laisserons de côté certains problèmes particuliers relevant du droit des CGA, singulièrement ceux propres à tel ou tel domaine économique (banque, assurance, construction, etc.). Nous ne nous prononcerons pas non plus sur l'hypothèse dans laquelle les deux partenaires contractuels utilisent des CGA qui s'avèrent, sur certains points, contradictoires (« *battle of [the] forms* »).

Chapitre 4 : Définitions

- 33 Il est utile de préciser d'emblée, dans les grandes lignes du moins – ces définitions seront affinées tout au long de ce travail –, le sens d'expressions que nous utiliserons dans le présent ouvrage et qui sont propres au domaine des CGA.
- 34 Les conditions générales d'affaires sont une ou plusieurs clauses préformulées qu'une partie – l'utilisateur des CGA – emploie systématiquement dans ses relations avec tous ses partenaires contractuels – appelés clients – sans être, en principe, disposé à les négocier. Les conditions générales d'affaires s'opposent au contrat (ou convention) dit(e) « principal(e) » ou « individuel(le) » qui, lui (elle), se compose de clauses négociées – dites aussi clauses individuelles. Par extension, on parle également de CGA pour désigner un document réunissant un ensemble de clauses préformulées. Cette terminologie est celle du droit allemand ; elle s'est largement imposée en droit suisse.
- 35 Cette terminologie se distingue de celle utilisée dans les droits communautaire et français, ce qui reflète une réalité quelque peu différente. Il n'y sera pas question de « clients », mais de « consommateurs », puisque seule cette dernière catégorie de contractants est protégée par ces ordres juridiques. Symétriquement, les législations spécifiques de ces derniers ne s'appliquent que lorsque l'utilisateur des CGA est un professionnel. Du reste, la notion même de CGA n'est pas déterminante en droits communautaire et français, où il est question de (lutte contre les) « clauses abusives ». Toutefois, comme nous le verrons¹⁹, dans la pratique du droit français, les clauses abusives ne sont censurées que lorsqu'elles figurent dans des CGA au sens de ce qui vient d'être indiqué.
- 36 Enfin, le « contrôle du contenu » d'une clause est l'opération qui consiste à se demander si celle-ci est abusive.

¹⁹ Cf. infra n° 438.

PARTIE 2 : DROIT SUISSE *DE LEGE LATA*

Chapitre 1 : Introduction

- 37 Le droit suisse des CGA trouve principalement sa source dans la partie générale du CO. Une seule disposition envisage cette problématique de manière plus spécifique, à savoir l'art. 8 LCD ; il est vrai que l'on peut encore signaler d'autres dispositions, qui s'appliquent de manière sectorielle (art. 3, 6, 33 LCA, art. 4 al. 2 litt. r LSA, art. 256 al. 2 litt. a CO, art. 288 al. 2 litt. a CO, art. 4 LVF, art. 9 LCC). Dans cette partie, nous examinerons tout d'abord quelles conditions doivent être respectées pour que les CGA soient partie intégrante du contrat (chapitre 2). Nous verrons ensuite que les clauses individuelles dérogent à d'éventuelles CGA contraires (chapitre 3) et qu'il existe une règle spécifique pour interpréter les CGA (chapitre 4). Puis nous nous demanderons si et dans quelle mesure le droit suisse institue un contrôle du contenu (chapitre 5) et, cas échéant, quelle en est la sanction (chapitre 6). Cela nous amènera à formuler un certain nombre de constats et de critiques (chapitre 7).

Chapitre 2 : Intégration

§ 1 *Nécessité*

- 38 S'il n'est pas totalement exclu que l'utilisation de CGA puisse être l'expression d'un usage – GIGER cite le cas de branches économiques dans lesquelles l'utilisation de CGA (rédigées le plus souvent par des associations professionnelles) est très répandue²⁰ – cela ne vaudrait qu'à titre tout à fait exceptionnel et seulement pour des contrats entre professionnels²¹. Il est plus improbable encore que des CGA puissent constituer du droit coutumier, ne serait-ce que parce que le contenu des CGA devrait alors être considéré comme légalement – et pas contractuellement – obligatoire²². La condition de base de la validité d'une clause préformulée est donc l'intégration des CGA au contrat dans lequel elles figurent.

²⁰ GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 74.

²¹ MERZ, p. 145 ; KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 200.

²² GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 76 ; MERZ, p. 146.

§ 2 Conditions

- 39 A l'exception de l'art. 4 al. 1 et 2 de la loi sur les voyages à forfait²³ et de l'art. 3 LCA²⁴, il n'existe pas de disposition légale traitant expressément de la problématique de l'intégration. C'est donc l'art. 1 CO qui s'applique, tempéré par le principe de la confiance. La question déterminante se pose dans les termes suivants : *l'utilisateur des CGA peut-il admettre de bonne foi que le client se savait, dans la situation concrète, lié par les CGA ?*²⁵
- 40 L'intégration est en principe²⁶ valable lorsque le contrat individuel renvoie expressément – par oral ou par écrit – aux CGA²⁷. Dans un tel cas, peu

²³ Loi fédérale du 18 juin 1993, sur les voyages à forfait (RS 944.3). Art. 4 al. 1 : « L'organisateur ou le détaillant doit communiquer par écrit au consommateur toutes les clauses du contrat avant sa conclusion ». Art. 4 al. 2 : « Les clauses du contrat peuvent être transmises au consommateur sous une autre forme appropriée ; dans ce cas, elles doivent lui être confirmées, avant la conclusion du contrat, par une copie écrite. La confirmation écrite n'est pas exigée lorsqu'elle empêcherait la conclusion d'une réservation ou d'un contrat ».

²⁴ Art. 3 LCA:

- 1 L'assureur doit, avant la conclusion du contrat d'assurance, renseigner le preneur de manière compréhensible sur son identité et sur les principaux éléments du contrat d'assurance. Il doit le renseigner sur :
 - a. les risques assurés ;
 - b. l'étendue de la couverture d'assurance ;
 - c. les primes dues et les autres obligations du preneur d'assurance ;
 - d. la durée et la fin du contrat d'assurance ;
 - e. les méthodes, les principes et les bases de calcul régissant la distribution des excédents et la participation aux excédents ;
 - f. les valeurs de rachat et de transformation ;
 - g. le traitement des données personnelles, y compris le but et le genre de banque de données, ainsi que sur les destinataires et la conservation des données.
- 2 Ces renseignements sont à fournir au preneur d'assurance de sorte qu'il puisse en avoir connaissance lorsqu'il fait la proposition de contrat d'assurance ou qu'il l'accepte. Dans tous les cas, il doit être à ce moment-là en possession des conditions générales d'assurance et de l'information au sens de l'al. 1, let. g.
- 3 Lorsque le contrat d'assurance est un contrat collectif conférant un droit direct aux prestations à des personnes autres que le preneur d'assurance, celui-ci est tenu de renseigner ces personnes sur les principaux éléments, les modifications et la dissolution du contrat. L'assureur met à la disposition du preneur d'assurance tous les documents nécessaires à cette fin.

²⁵ GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 63.

²⁶ Sur les conditions particulières posées en matière de prorogation de for, cf. infra n° 68 ss.

importe que ces dernières figurent au verso du contrat individuel ou dans un document séparé²⁸. Il faut pourtant réserver les hypothèses dans lesquelles le renvoi est peu lisible ou se trouve après la signature²⁹.

- 41 En outre, s'il y a renvoi, mais que les CGA ne sont pas remises au client, il faut que ce dernier ait la possibilité d'en prendre raisonnablement connaissance, par exemple au moyen d'un affichage qui ne pourrait échapper à l'attention des clients³⁰. Pour certains, il est même nécessaire que les CGA soient remises au client lorsque celui-ci est un consommateur³¹.
- 42 En l'absence de renvoi exprès, il est plus difficile de considérer qu'il y a bel et bien eu volonté d'intégrer les CGA. On l'admettra lorsque les parties concluent un contrat du même type que ceux passés antérieurement et toujours accompagnés de CGA³² ou quand le but visé par le contrat ne pourrait pas être atteint sans les CGA³³. Est controversée la question de savoir si la seule présence de CGA dans un catalogue suffit³⁴. Une partie de la doctrine estime qu'une intégration tacite ne saurait être opposée qu'à des clients expérimentés en affaires³⁵. La littérature affirme qu'on ne peut admettre une présomption d'intégration tacite selon laquelle un client contractant avec un partenaire qui utilise systématiquement des CGA (une banque par exemple) se soumet d'office à celles-ci³⁶. Le TF a rendu récemment un arrêt dans lequel se

²⁷ ATF 108 II 416, consid. 1b : "Celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des annexes ou à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des annexes ou des conditions générales" ; ATF 64 II 355, consid. 2, JdT 1939 I 329 (trad.).

²⁸ TF 4C.427/2005 du 04.05.2006, consid. 2.1 ; 5C.74/2002 du 07.05.2002, consid. 2c ; ATF 119 II 443 ; 109 II 452, JdT 1984 I 210 (trad.). Dans ce dernier arrêt (consid. 2), une clause préformulée figurait au verso d'une carte, remplie et signée par le client, stipulant que ce dernier accepte les CGA ainsi que les clauses écrites au verso. La haute cour a considéré que la clause était incorporée.

²⁹ KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 190.

³⁰ GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 73 ; SCHWENZER estime que la possibilité de prendre raisonnablement connaissance doit en tous cas être garantie lorsque le client est un consommateur (n° 45.02).

³¹ FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 115.

³² ATF 103 II 59, JdT 1977 I 521 ; ATF 77 II 154, consid. 4, JdT 1952 I 11 (trad.).

³³ ATF 73 II 171, consid. 4, JdT 1948 I 226 (trad.).

³⁴ En ce sens : SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 457 ; contra : GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 69.

³⁵ KOLLER, § 23, n° 17. En ce sens également KRAMER, pour qui il ne saurait en principe y avoir d'intégration tacite face à un consommateur (BKomm, art. 1 CO, n° 194) et FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 109 s.

³⁶ FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 109 ; FAVRE-BULLE, Le rôle du principe de la bonne foi, p. 143.

mêlaient ces deux derniers aspects. Il a admis une intégration tacite aux motifs que les parties contractantes étaient expérimentées en affaires et que le client savait que son cocontractant incorporait toujours la norme SIA à ses contrats³⁷.

- 43 Il est unanimement admis que la lecture des CGA par le client n'est pas une condition de l'intégration³⁸, pas plus que la compréhension de telle ou telle clause³⁹. Néanmoins, pour une partie de la doctrine, quand le client est un consommateur, l'emploi d'expressions juridiques, des renvois à la loi sans plus d'explications⁴⁰ ou encore l'utilisation d'une langue qui n'est pas familière au client⁴¹ font obstacle à l'intégration.
- 44 Lorsque le client accepte les CGA sans en avoir pris (totalement) connaissance, on parle d'acceptation globale (« *Globalübernahme* »), que l'on oppose à l'acceptation complète (« *Vollübernahme* »). L'acceptation de CGA est présumée (présomption simple) être globale⁴². La distinction est d'importance pour l'application de la règle de l'inhabituel⁴³.

§ 3 *Moment*

- 45 L'intégration a lieu en principe au moment de la conclusion du contrat. Elle peut aussi précéder celle-ci. Il en va ainsi lorsque les parties sont liées par un contrat-cadre⁴⁴ – l'intégration vaut alors pour tous les contrats particuliers – ou quand la volonté d'utiliser des CGA est exprimée lors des pourparlers précontractuels⁴⁵.

³⁷ TF 4C.261/2005 du 09.12.2005, consid. 2.4.

³⁸ ATF 109 II 452, consid. 4, JdT 1984 I 210 (trad.) ; ATF 64 II 355, consid. 2, JdT 1939 I 329 (trad.).

³⁹ ATF 76 I 350. Cette opinion est unanimement partagée par la doctrine. Voir par exemple KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 190 ; WESSNER, p. 171. Cette affirmation est tempérée quelque peu par la règle de l'inhabituel (cf. infra n° 67 ss).

⁴⁰ GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 69.

⁴¹ DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 53.

⁴² Tribunal supérieur de Zurich, 02. 08. 1988, in : ZR 1991, p. 2, 3 ; Tribunal supérieur de Zurich, 07. 10. 2004, in : ZR 2005, p. 166, 167 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 468.

⁴³ Cf. infra n° 67.

⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1133.

⁴⁵ GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 70 ; FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 110.

- 46 S'il n'est fait référence à des CGA qu'après la conclusion du contrat (dans un bon de livraison, une confirmation de commande, un bon de garantie, par exemple), celles-ci n'ont en principe aucun effet juridique⁴⁶. Toutefois, dans un contrat entre professionnels, le silence du client à la réception de CGA peut, pour certains auteurs, valoir acceptation pour des contrats futurs⁴⁷. D'autres vont plus loin, estimant que, en matière commerciale, le silence vaut acceptation ; l'argument avancé est que dans la vie des affaires, il est d'usage de ne discuter que les points principaux, les questions secondaires étant réglées ultérieurement par des CGA⁴⁸.
- 47 En tout état de cause, seul le client peut se prévaloir de l'absence d'intégration⁴⁹.

§ 4 *Clauses de style*

- 48 Les clauses de style sont des clauses figurant certes dans des CGA incorporées mais qui, en réalité, n'ont pas fait l'objet d'un consentement. Elles n'ont pas été voulues par les parties : aucune d'elles n'aurait proposé l'intégration d'une telle clause dans le contrat, si elle avait eu conscience de son contenu⁵⁰. Ces clauses n'ont donc aucune valeur juridique.

Chapitre 3 : **Priorité des clauses individuelles**

- 49 Une clause préformulée contraire à un accord individuel n'est pas valable. Ce principe ne repose pas sur une base légale expresse mais est admis par la jurisprudence⁵¹ et l'ensemble de la doctrine. La priorité des accords individuels se déduit « *aus dem vertrauensstheoretisch interpretierten Gesamtbestand des Vertragsschlusses* »⁵², ou de l'interdiction de *venire contra*

⁴⁶ KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 214.

⁴⁷ En ce sens : SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 458 ; FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 116.

⁴⁸ GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug, p. 71.

⁴⁹ En ce sens : SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 479.

⁵⁰ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 497 ; KOLLER, § 23, n° 55.

⁵¹ TF 5C.271/2004 du 12.07.2005, consid. 2 ; ATF 125 III 263, SJ 1999 I p. 469-476 (trad.) ; ATF 123 III 35, JdT 1997 I 322 (trad.) ; ATF 93 II 317, JdT 1969 I 143 (trad.) ; ATF 81 II 346, JdT 1956 I 296 (trad.) ; ATF 70 II 213.

⁵² Formule utilisée par KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 210, reprise par KOLLER, § 23, n° 54.

*factum proprium*⁵³. Plus largement, cette thématique s'inscrit dans la problématique de la hiérarchie des normes^{53a}.

- 50 Une convention individuelle empêchant l'applicabilité d'une clause préformulée contraire peut résulter de la déclaration de la volonté de ne pas appliquer telle ou telle clause préformulée (en la biffant, par exemple) ou d'une clause du contrat individuel dont le contenu est contraire à une clause préformulée. Dans le second cas, la clause individuelle l'emporte même si les parties n'ont pas prévu de règle de priorité⁵⁴.
- 51 Cette règle permet en particulier d'écarter, dans des contrats de vente, des clauses préformulées d'exclusion de responsabilité et de garantie contraires à une prestation promise dans le contrat individuel⁵⁵.
- 52 Le principe trouve application quand bien même la contradiction n'est pas flagrante⁵⁶. Il suffit que la clause préformulée contredise le but visé par la clause individuelle⁵⁷.
- 53 La contradiction peut apparaître dès la conclusion du contrat ou postérieurement. Dans ce dernier cas, si les parties connaissent la contradiction entre l'accord individuel et les CGA, il faut voir dans celui-là une modification de celles-ci par actes concluants. Si en revanche cette contradiction ne leur était pas connue, la priorité de la convention individuelle résulte de la recherche de la volonté hypothétique des parties⁵⁸.
- 54 Peu importe la forme que revêt l'accord individuel, ce qui signifie qu'un accord oral peut en principe suffire. La portée de clauses de forme écrite est discutée en doctrine. Pour certains auteurs, ces clauses ne sont tout simplement pas valables⁵⁹; pour d'autres, celles-ci, ainsi que les clauses interdisant toute modification contractuelle, sont utiles pour déterminer l'existence d'un éventuel accord divergent; mais elles n'empêchent pas forcément un tel accord, puisque un accord individuel peut précisément être

⁵³ KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 210; SCHWENZER, n° 45.09.

^{53a} AUBERT, *passim*.

⁵⁴ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 491 s.

⁵⁵ ATF 122 III 426, consid. 5, JdT 1998 I 171 (trad.); ATF 109 II 24; ATF 73 II 218, consid. 3, JdT 1948 I 362 (trad.).

⁵⁶ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 492.

⁵⁷ KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 212.

⁵⁸ KOLLER, § 23, n° 57.

⁵⁹ KOLLER, § 23, n° 58.

regardé comme une levée de l'interdiction de tout accord divergent⁶⁰. KRAMER enfin affirme que la modification est valable lorsqu'elle est faite par l'utilisateur des CGA lui-même mais pas lorsqu'elle est effectuée par des auxiliaires de celui-ci⁶¹.

- 55 La clause de réserve de confirmation, soit celle par laquelle l'utilisateur des CGA déclare que le contrat ne sera valable que sous réserve de son approbation, est considérée comme valable⁶².

Chapitre 4 : Interprétation

§ 1 Généralités

- 56 En matière d'interprétation, les principes régissant les CGA sont, sous réserve de l'interprétation *contra stipulatorem*⁶³ – qui intervient à titre subsidiaire – les mêmes que ceux qui s'appliquent aux autres contrats⁶⁴. Si les parties donnent un sens différent à une clause, celle-ci doit être interprétée. Cela suppose, en premier lieu, de rechercher la réelle et commune intention des parties. Si celle-ci – comme c'est bien souvent le cas – ne peut être établie, il faut avoir recours au principe de la confiance⁶⁵. Il sied alors de rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances⁶⁶. La lettre du contrat, bien qu'elle constitue le point de départ de l'analyse⁶⁷, est ainsi relativisée. En

⁶⁰ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 492 ; FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 44.

⁶¹ BKomm, art. 1 CO, n° 213.

⁶² KOLLER, § 23, n° 59.

⁶³ Cf. infra n° 59 ss.

⁶⁴ TF 5C.271/2004 du 12.07.2005, consid. 2 ; 4C.302/2003 du 26.05.2004, consid. 1.3 ; 4C.178/2000 du 02.10.2000 ; ATF 122 III 118, consid. 2a ; 117 II 115, consid. 6c, JdT 1994 I 66 (trad.). Pour WINIGER, le TF adopte, dans l'arrêt 122 III 118, une attitude ambiguë, affirmant d'une part que s'appliquent les règles générales d'interprétation que pour les autres contrats – ce qui nécessite en premier lieu la recherche de la volonté individuelle des parties – et d'autre part que les CGA doivent être interprétées selon le principe de la confiance, « soit une interprétation objective, sans avoir recours préalablement à une interprétation subjective » (CR-CO I art. 18, n° 146 s.).

⁶⁵ ATF 128 III 265, consid. 3a, JdT 2003 I 113 (trad.) ; ATF 123 III 161, consid. 3a ; 118 II 342, consid. 1a.

⁶⁶ ATF 133 III 675, consid. 3.3.

⁶⁷ KUHN, p. 569. Pour KOLLER, on ne saurait exiger du client qu'il mène une analyse allant au-delà de l'interprétation littérale (§ 23, n° 66).

effet, le TF a jugé à plusieurs reprises que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant⁶⁸.

- 57 Au surplus, jurisprudence et doctrine ont développé un certain nombre de principes. Ainsi, c'est le sens ordinaire des termes utilisés qui doit être retenu⁶⁹ ; la jurisprudence est peu encline à donner aux expressions juridiques utilisées leur sens technique⁷⁰. En outre, le contrat étant censé constituer un tout exempt de contradictions, il faut en interpréter les clauses dans leur contexte, autrement dit de manière systématique⁷¹. Le but poursuivi par la clause à interpréter peut également être pris en considération⁷².

§ 2 *Interprétation individuelle*

- 58 Le TF procède en général à une interprétation individuelle des clauses contenues dans des CGA⁷³, ce qui implique la prise en compte des circonstances d'espèce. Ainsi, l'(in)expérience du client a souvent joué un rôle déterminant⁷⁴. La doctrine majoritaire se prononce pour une interprétation individuelle⁷⁵. L'argument, utilisé en droit allemand⁷⁶, selon lequel une interprétation uniforme est nécessaire pour préserver l'effet de rationalisation des CGA, est rejeté au motif que l'utilisateur des CGA ne mérite aucune

⁶⁸ TF 4C.302/2003 du 26.05.2004, consid. 1.3 ; ATF 129 III 118, consid. 2.5 ; 127 III 444, consid. 1b.

⁶⁹ ATF 97 II 72, consid. 4, JdT 1972 I 351 (trad.) ; ATF 82 II 445, consid. 2 ; FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 51 ; KUHN, p. 569 ; WESSNER, p. 173.

⁷⁰ ATF 115 II 264, consid. 5b, JdT 1990 I 57 (trad.) ; ATF 104 II 281, consid. 2, JdT 1980 I 9 (trad.). Contra : ATF 119 II 368, consid. 4b, JdT 1996 I 274 (trad.) : le TF dit que pour les expressions juridiques, c'est, dans le doute, l'acception technique qui prime.

⁷¹ ATF 122 III 118, consid. 2c ; 113 II 49, consid. 1a, JdT 1987 I 273 (trad.) ; DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 49 ; KUHN, p. 571.

⁷² ATF 119 II 368, consid. 4b.

⁷³ ATF 126 III 338, consid. 9 ; 118 II 295, consid. 1a, JdT 1993 I 400 (trad.) ; ATF 51 II 230, consid. 1.

⁷⁴ ATF 91 I 11, consid. 3b, JdT 1966 I 111 (trad.) ; ATF 77 II 154, consid. 6, JdT 1952 I 11 (trad.). Toutefois, certains chapeaux d'arrêts pourraient laisser à penser que la haute cour procède à une interprétation généralisée ; voir à ce sujet l'analyse de WIEGAND, p. 338 ss.

⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1158 ; DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 51 ; HUGENIN, OR-AT, n° 425 ; WESSNER, p. 173 ; MERZ, p. 153 ; FAVRE-BULLE, Le rôle du principe de la bonne foi, p. 145. Contra : SCHWENZER, n° 45.08.

⁷⁶ Cf. infra n° 641 ss.

protection particulière⁷⁷. D'autre part, le principe de la confiance implique nécessairement la prise en compte des circonstances d'espèce, peu importe que le contrat ait été négocié ou non⁷⁸. Il est toutefois souligné que l'interprétation individuelle ne saurait prévaloir lorsque le sens donné par le client à la clause est déraisonnable ; qu'au contraire, la conception du client partie au contrat en cause n'est pertinente que si elle correspond au sens que pouvait et devait lui donner tout client placé dans les mêmes circonstances⁷⁹. A l'élément individuel s'ajoute donc un élément normatif.

§ 3 *En cas de doute, interprétation in dubio contra stipulatorem*

- 59 Les CGA doivent être interprétées, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au client, c'est-à-dire *contra stipulatorem*. Dépourvu de base législative (si l'on excepte l'art. 33 LCA⁸⁰), ce principe est unanimement admis par la jurisprudence⁸¹ et applicable à tout type de contrat⁸² dont les clauses ont été rédigées par une seule des parties⁸³.
- 60 La *ratio legis* est la suivante : comme l'utilisateur des CGA a tous les éléments en main pour formuler le contrat de manière claire, il supporte le risque d'un texte qui ne le serait pas. En d'autres termes, l'ambiguïté ne doit pas profiter à l'utilisateur des CGA⁸⁴.

⁷⁷ En ce sens aussi KOLLER, pour qui il ne saurait être question d'utiliser ce moyen d'interprétation quand les deux parties ou un tiers proposent les CGA (§ 23, n° 67).

⁷⁸ Die rechtliche Behandlung, p. 132. En ce sens également : KRAMER, BKomm, art. 1, n° 218.

⁷⁹ KRAMER, BKomm, art. 1, n° 220 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 490.

⁸⁰ Art. 33 LCA : Sauf disposition contraire de la présente loi, l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque.

⁸¹ ATF 133 III 61; ATF 124 III 155, consid. 1b, JdT 1999 I 119 (trad.) ; ATF 117 II 609, consid. 6c ; 115 II 264, consid. 5a, JdT 1990 I 57 (trad.) ; ATF 100 II 153, consid. 1c, JdT 1975 I 174 (trad.) ; ATF 93 I 321, consid. 5b ; 87 II 89, consid.3, JdT 1961 I 529 (trad.).

⁸² ATF 99 II 67, consid. 3, JdT 1972 I 633 (trad.) ; ATF 87 II 89, consid. 3, JdT 1961 I 529 (trad.).

⁸³ ATF 118 II 342, consid. 1a ; 99 II 290, consid. 5, JdT 1974 I 361 (trad.) ; ATF 92 II 342, consid. 1b. En ce sens aussi KOLLER, pour qui il ne saurait être question d'utiliser ce moyen d'interprétation quand les deux parties ou un tiers proposent les CGA (§ 23, n° 67).

⁸⁴ SCHWENZER, n° 45.10.

- 61 Pour la jurisprudence, ce principe découle de celui de la confiance⁸⁵. Une partie de la doctrine y voit une application spéciale des règles sur le dissentiment : une clause est objectivement ambiguë – elle peut donc être interprétée de deux manières différentes au moins – et les parties ne lui attribuent pas le même sens. Contrairement à la règle générale qui veut que la clause soit nulle, lorsque cette dernière figure dans des CGA, le client bénéficie de l'interprétation qui lui est la plus favorable⁸⁶.
- 62 L'ATF 115 II 264 est un exemple typique d'application de ce principe. Deux adolescents, un frère et une sœur, s'introduisent clandestinement dans les combles d'une scierie et y délaissent un mégot de cigarette mal éteint, provoquant ainsi un incendie. L'assurance responsabilité civile des parents refuse de prendre en charge le dommage, arguant d'une clause préformulée refusant la couverture lorsque le sinistre a eu lieu « *bei der vorsätzlichen Begehung eines Verbrechens oder Vergehens* ». Le TF constate que le mot « *bei* » est objectivement ambigu : la couverture est-elle exclue si le dommage a lieu à l'occasion de la commission d'un délit (le mot « *bei* » ayant alors un sens temporel) ou ne l'est-elle seulement quand le dommage est dû à la commission du délit (le mot « *bei* » étant utilisé dans un sens causal) ? Constatant que – en l'absence de lien de causalité adéquat entre la commission de l'infraction et le dommage – la seconde version était plus favorable à l'assuré, le TF retient celle-ci. C'est d'ailleurs le plus souvent dans des cas de limitation de garantie ou de responsabilité que la règle s'avère efficace⁸⁷.
- 63 L'interprétation *in dubio contra stipulatorem* ne doit être utilisée que lorsqu'il est impossible de dégager un sens clair par d'autres moyens d'interprétation⁸⁸. En d'autres termes, il faut que subsiste un doute après application de ces moyens. Dans le cadre d'une convention portant sur des opérations boursières passées par un client inexpérimenté, le TF a interprété en défaveur de son auteur la notion de « contrat d'option ». Il a rejeté l'argumentation de l'utilisateur des CGA, qui voulait faire prévaloir l'acception technique de ce

⁸⁵ ATF 97 II 72, consid. 3, JdT 1972 I 351 (trad.) ; ATF 92 II 342, consid. 1b.

⁸⁶ KOLLER, § 23, n° 66.

⁸⁷ Voir par ex. ATF 133 III 61, consid. 2.2.2.3 ; 91 II 344, consid. 2, JdT 1966 I 530 (trad.).

⁸⁸ TF 5C.271/2004 du 12.07.2005, consid. 2 ; 5C.134/2004 du 01.10. 2004, consid. 4.2 ; ATF 124 III 155, consid. 1a, JdT 1999 I 119 (trad.) ; ATF 123 III 31, consid. 2c/bb, JdT 1999 IV 22 (trad.) ; ATF 122 III 118, consid. 2d, JdT 1997 I 805 (trad.) ; ATF 109 III 213, consid. 2b, JdT 1984 I 202 (trad.) ; ATF 99 II 290, consid.5, JdT 1974 I 361 (trad.) ; ATF 87 II 89, consid. 3, JdT 1961 I 529 (trad.) ; KOLLER, § 23, n° 65 ; MERZ, p. 153 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n° 490.

terme – déterminant pour fixer la commission due – et a retenu l’autre sens possible, qui pouvait être déduit de documents remis au client⁸⁹.

- 64 Certains auteurs estiment qu’il convient de faire un usage restrictif de ce principe, étant donné que les CGA « *ont pour but d’établir clarté et prévisibilité dans les rapports avec les parties* »⁹⁰. Le principe de l’interprétation défavorable à l’utilisateur des CGA ne saurait être appliqué lorsque celui-ci ne fait que reprendre des dispositions légales⁹¹.
- 65 Au principe de l’interprétation *contra stipulatorem* est apparenté celui de l’interprétation restrictive⁹². Egalement subsidiaire aux moyens d’interprétation classiques⁹³, celui-ci a été utilisé plusieurs fois par le TF⁹⁴. Il revient à considérer que « *lorsque le client renonce à des droits que lui confère la loi, la convention s’interprète restrictivement si elle ne résulte pas clairement du texte* »⁹⁵. Certains auteurs attribuent une portée plus large à la règle de la restriction. Pour eux, cette dernière trouve sa justification dans le fait que les parties ne pensent souvent qu’à certains cas typiques au moment de formuler une clause ; elles ne prêtent pas attention aux autres cas appréhendés par une clause rédigée trop largement, lesquels ne sont pas l’objet d’un consentement et doivent par conséquent être traités comme des clauses de style⁹⁶.

⁸⁹ TF 4C.178/2000 du 02.10.2000, consid. 2b et 2c ; ATF 124 III 155, consid. 1b.

⁹⁰ ATF 108 II 149, JdT 1982 I 425; DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 52

⁹¹ FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 134 s.

⁹² FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 132.

⁹³ STAUDER, Les clauses abusives, p. 84.

⁹⁴ ATF 116 II 459, consid. 2a ; 115 II 474, consid. 2d, JdT 1990 I 216 (trad.) ; ATF 109 II 24, consid. 4, JdT 1984 I 202 (trad.), ATF 91 II 344, consid. 2a, JdT 1966 I 530 (notamment quand la clause péjore la situation du client).

⁹⁵ WESSNER, p. 174.

⁹⁶ KOLLER, § 23, n° 69.

Contrôle du contenu

§ 4 Règle de l'insolite (ou de l'inhabituel)

- 66 Le caractère insolite d'une clause relève-t-il de l'intégration ou, au contraire, du contrôle du contenu ? Cela se discute. La doctrine majoritaire⁹⁷ semble pencher pour la première solution. S'il est vrai que telle est la *nature* de cette institution, il nous semble que celle-ci a pour *fonction* de contrôler le contenu d'une clause ; c'est pourquoi nous traitons cette thématique ici. Eu égard à la faible importance pratique de la règle de l'insolite et à l'aspect « prospectif » de ce travail⁹⁸, nous n'examinerons pas cette question plus en détail.
- 67 Le TF a jugé, dans un arrêt de 1919, qu'en cas d'acceptation globale des CGA, ne sont pas valables les clauses dont l'utilisateur des CGA savait ou devait savoir, selon l'expérience de la vie, que le client ne les voulait pas⁹⁹.

I. Application à la prorogation de for¹⁰⁰

- 68 Cette règle particulière en matière d'intégration a d'abord été appliquée exclusivement à la clause de prorogation de for. En effet, le for du domicile du défendeur étant garanti constitutionnellement (art. 59 aCst.), il paraissait choquant qu'un contractant puisse y renoncer trop facilement¹⁰¹.
- 69 La jurisprudence a donc considéré qu'une telle clause ne saurait être valable que si le client en avait eu effectivement connaissance et en avait compris le sens. Fondamentalement, le TF considère que tel est le cas lorsque l'utilisateur des CGA met en évidence la clause en question (par exemple en la faisant figurer en caractères gras)¹⁰². Mais cela ne suffit pas forcément. Les exigences varient selon l'expérience – des affaires et juridique – dont dispose le client,

⁹⁷ TERCIER, n° 799 ; SCHWENZER, n° 45.07.

⁹⁸ Dans la solution proposée, la règle de l'insolite ne joue plus aucun rôle, cf. infra, n° 884 ss.

⁹⁹ ATF 45 I 43.

¹⁰⁰ Les règles jurisprudentielles présentées ci-après ont été complétées par les dispositions de la LFors.

¹⁰¹ ATF 132 III 268, JdT 2006 I 564; ATF 109 Ia 55, JdT 1985 I 66; ATF 104 Ia 275 consid. 3, JdT 1979 I 497 (trad.) ; ATF 98 Ia 314 consid. 5a, JdT 1973 III 121.2 (rés.) ; ATF 94 II 62, JdT 1969 I 333.

¹⁰² Cette exigence doit être respectée même si les CGA ne forment pas un texte particulièrement long.

cette notion n'étant pas binaire mais comportant plusieurs degrés¹⁰³. Dans certains cas, l'utilisateur des CGA doit expliquer au client le sens et la portée de la clause.

- 70 Ainsi, un musicien, confronté à une clause de prorogation de for rédigée en anglais (« *Venue is in Zurich* »), a pu faire valoir avec succès qu'il ne l'avait ni remarquée ni comprise¹⁰⁴. Il en est allé de même pour un étranger, en Suisse depuis deux ans au moment de la signature du contrat, qui arguait de l'insuffisance de ses connaissances de la langue allemande¹⁰⁵. En revanche, on peut attendre d'une personne disposant d'une formation académique qu'elle se renseigne si elle ne comprend pas la signification d'une clause¹⁰⁶. En outre, une personne expérimentée en affaires et connaissant le droit se doit d'examiner soigneusement des CGA jointes à un contrat ou à une offre et de décliner une clause de prorogation de for qui ne lui conviendrait pas¹⁰⁷.
- 71 Lorsque le client ne dispose pas de connaissances spécifiques de la vie des affaires ou juridiques, le TF semble se montrer plus exigeant concernant la mise en évidence, puisqu'il attache de l'importance au fait que d'autres clauses avaient également été écrites en caractères gras¹⁰⁸. Une faute de frappe peut avoir pour conséquence de rendre la clause incompréhensible pour un laïque (« *fort judiciaire* »)¹⁰⁹. L'absence de mention expresse du for élu n'affecte pas la validité de la clause lorsque celui-ci peut se déduire facilement d'un autre document contractuel (en l'espèce, une procuration), dans laquelle il était mis en évidence (« *Rechtsanwalt Dr. P. in Winterthur* »)¹¹⁰ ; il en va différemment si l'utilisateur des CGA se contente de préciser que le for est « *le siège de la banque qui tient le compte* »¹¹¹. Dans cette dernière affaire, le TF a estimé que toute clause de prorogation de for doit être rédigée de manière claire et ne doit pas induire en erreur¹¹².

¹⁰³ ATF 118 Ia 294, consid. 2a ; 109 Ia 55, consid. 3a, JdT 1985 I 66 (trad.).

¹⁰⁴ ATF 91 I 11, consid. 3, JdT 1966 I 111 (trad.).

¹⁰⁵ ATF 104 Ia 278, consid. 4c, JdT 1979 I 154 (trad.).

¹⁰⁶ Tribunal supérieur de Lucerne, 12.02.1987, in : LGVE 1987 I, p. 29/30.

¹⁰⁷ ATF 118 Ia 294, consid. 2a; 98 Ia 314, consid. 5b, JdT 1973 III 121.2 (rés.).

¹⁰⁸ ATF 104 Ia 278, consid. 4b, JdT 1979 I 154 (trad.). Le TF constate que la prorogation est la seule clause figurant en caractères gras et est, de ce fait, bien visible.

¹⁰⁹ TF, 26.02.1997 in : Pra 86, 1997, n° 164, p. 875, consid. 1 c) aa).

¹¹⁰ ATF 109 Ia 55, consid. 3b, JdT 1985 I 66.

¹¹¹ ATF 93 I 323, consid. 5b.

¹¹² Voir aussi arrêt du TF 4C.353/1999 du 28.01.2000, consid. 2a.

II. Extension du principe

1 Généralités

- 72 Peu à peu, le TF a étendu la protection qu'il avait instituée en matière de prorogation de for. Ainsi, il a estimé que, de manière générale, une clause inhabituelle (ou insolite), soit une clause avec laquelle le client n'a pas compté – et n'aurait raisonnablement pas dû compter – n'est pas valable¹¹³.
- 73 Le raisonnement est le suivant : l'utilisateur des CGA, sachant que le client, la plupart du temps, ne lit pas celles-ci et que cela ne constitue pas un obstacle à leur intégration, ne doit pas profiter de cette situation. Certes, par sa renonciation à prendre connaissance des CGA, le client prend un certain risque, accepte que le contenu ne corresponde pas pleinement à ce qu'il s'était imaginé ; en revanche, il n'accepte pas un contenu inhabituel. La règle de l'inhabituel trouve son fondement dans le principe de la bonne foi¹¹⁴.
- 74 Le but étant d'éviter l'effet de surprise que pourrait avoir une clause sur le client¹¹⁵, la règle de l'inhabituel ne vaut qu'en cas d'acceptation globale. La présomption générale en faveur de celle-ci est renversée lorsque la clause est mise en évidence¹¹⁶.

¹¹³ Cette évolution a été relativement lente. En effet, si, dans un arrêt de 1972, la haute cour a, dans un obiter dictum, indiqué que la clause de prorogation de for est un exemple de clause inhabituelle (ATF 98Ia 314, JdT 1973 III 121.2 [rés.]), il faudra attendre 1978 pour que cette thématique soit à nouveau évoquée (ATF 104 Ia 278, JdT 1979 I 154 [trad.]) et les arrêts marquants en la matière datent de 1983 (ATF 109 II 452, JdT 1985 I 66 [trad.]) et 1993 (ATF 119 II 443).

¹¹⁴ ATF 122 III 373, consid. 3a ; KOLLER, § 23, n° 39. FORSTMOSER estime que la règle est issue de l'interdiction de l'abus de droit (Die rechtliche Behandlung, p. 125).

¹¹⁵ TF 5C.53/2002 du 06.06.2002, consid. 3.2.

¹¹⁶ TF du 05.08.1997, in : Pra 87, 1998, n° 9, p. 53, consid. 1b ; HUGUENIN, OR-AT, n° 423 ; en ce sens aussi KOLLER, § 23, n° 43 ss, qui, toutefois, généralisant en cela l'affirmation de l'ATF 104 Ia 278 sur la prorogation de for, estime que la mise en évidence ne suffit pas lorsque l'utilisateur des CGA reconnaît ou devrait reconnaître que le client ne comprend pas la portée de la clause.

2 *Appréciation du caractère insolite*

2.1 **Jurisprudence**

A. *En général*

- 75 Tant que des règles particulières en matière d'intégration ne concernaient que la clause de prorogation de for, la situation appréhendée par la jurisprudence était facile à cerner et ne soulevait pas de questions particulières. En revanche, la généralisation du principe de l'inhabituel pose le problème de savoir quand une clause doit être considérée comme telle¹¹⁷. Le TF a d'emblée tracé des lignes directrices qu'il n'a depuis lors pas véritablement affinées.
- 76 Dans un arrêt de 1983¹¹⁸, il eut à connaître d'un litige qui opposait un éleveur de poules à un entrepreneur. Les parties avaient conclu un contrat d'entreprise portant sur la construction de locaux de travail et d'un poulailler. L'affaire concernait une clause de la norme SIA 118 (édition 1977) prévoyant, en faveur de l'entrepreneur, un large pouvoir de représentation (incluant des actes d'ordre financier), dont le maître de l'ouvrage estimait qu'elle était inhabituelle. La haute cour a affirmé que le caractère inhabituel doit être admis si le client est inexpérimenté dans le domaine considéré – une clause usuelle dans un domaine pouvant paraître inhabituelle pour qui n'est pas actif dans la branche économique en question¹¹⁹. Encore faut-il que cette inexpérience soit reconnaissable pour l'autre partie, ce qui suppose que la clause soit, considérée objectivement, quant à son contenu, étrangère à l'affaire ; tel est le cas lorsqu'une clause modifie de manière essentielle la nature du contrat ou sort notablement du cadre légal du type de contrat en question¹²⁰. En l'espèce, une telle clause de représentation a été jugée étrangère à un contrat d'entreprise ; quant à l'inexpérience, elle a été affirmée, eu égard au fait que c'était la première fois que le maître de l'ouvrage agissait en cette qualité.
- 77 Le TF ajoute, dans ce même arrêt, deux éléments intéressants. D'une part, il précise que l'application de la règle de l'inhabituel est d'autant plus justifiée qu'une clause affecte la position juridique du partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA¹²¹. D'autre part, après avoir constaté que son refus, jusqu'alors, de faire application de la règle en question, concernait toujours

¹¹⁷ KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 205.

¹¹⁸ ATF 109 II 452, JdT 1985 I 66 (trad.).

¹¹⁹ Voir aussi TF 4C.427/2005 du 04.05.2006, consid. 2.1.

¹²⁰ Voir aussi TF 4C.427/2005 du 04.05.2006, consid. 2.1.

¹²¹ Voir aussi TF 4C.427/2005 du 04.05.2006, consid. 2.1 ; ATF 119 II 443, consid. 1a.

des contrats conclus entre professionnels, il aborde la question du champ d'application personnel de la règle de l'inhabituel, indiquant qu'en principe, seule la partie faible peut s'en prévaloir¹²² ; il définit cette notion de la manière suivante : « *Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet* »¹²³. C'est donc la possibilité de trouver un autre partenaire contractuel qui est déterminante.

- 78 En 1993, le TF eut à juger du caractère inhabituel d'une clause préformulée relative à un bail portant sur un véhicule automobile¹²⁴. Le contrat principal prévoyait qu'une partie du loyer était versée à titre de « CDW » (abréviation de « *collision damage waiver* ») ; selon une clause des CGA, « [...] *en cas de négligence ou de violation ou des conditions du présent contrat ou des lois et réglementation sur la circulation routière, le locataire demeure entièrement responsable de la totalité des dommages causés au véhicule* ». Pour la haute cour, c'est à bon droit que le locataire a considéré, vu la clause « CDW », qu'il concluait une assurance casco complète. En application des principes énoncés dix ans plus tôt, elle a déclaré la clause préformulée inhabituelle car modifiant essentiellement la nature du contrat.
- 79 Le TF a jugé également abusive la clause d'un contrat d'assurance collective concernant une indemnité journalière en cas de maladie¹²⁵. Une clause préformulée prévoyait la prolongation de la couverture si, à l'extinction ou à la suspension du contrat ou à la sortie du cercle des personnes assurées, un assuré avait déjà droit à des prestations d'assurances. La clause suivante stipulait que cette prolongation n'était pas applicable en cas de maintien de la couverture d'assurance à titre d'assurance individuelle. Le TF déclara, s'agissant de la seconde que « *Le demandeur, travailleur non qualifié et sans expérience dans la branche des assurances, n'avait pas à prendre en compte une clause aussi inhabituelle, dans la mesure où cette clause, sur laquelle son attention n'avait pas été spécialement attirée, affaiblissait considérablement sa position juridique alors qu'il se souciait précisément, en sollicitant son passage dans l'assurance individuelle, de sauvegarder au mieux ses intérêts d'assuré* »¹²⁶.

¹²² Le TF a réaffirmé cette exigence dans des arrêts récents : TF 4C.427/2005 du 04.05.2006, consid. 2.1 ; TF 5C.271/2004 du 12.07.2005, consid. 2.

¹²³ Consid. 5a.

¹²⁴ ATF 119 II 443.

¹²⁵ TF 5C.74/2002 du 07.05.2002.

¹²⁶ Consid. 4c.

- 80 Plus récemment, le Tribunal supérieur de Zurich a confirmé le jugement de première instance qui avait jugé inhabituelle la clause préformulée d'un contrat d'entreprise de durée prévoyant que si le maître résilie le contrat avant l'achèvement de l'ouvrage, l'entrepreneur peut exiger l'entier de la somme convenue¹²⁷. Pour le surplus, la jurisprudence a toujours, à notre connaissance, nié le caractère inhabituel d'une clause.
- 81 Ainsi, un boulanger qui avait acheté un four a dû se laisser opposer la clause préformulée selon laquelle il renonçait, à l'égard du cessionnaire de la créance en paiement du prix de vente, à ses droits à la garantie et à la compensation avec la créance en paiement du prix¹²⁸. Les éléments suivants, pris dans leur ensemble, excluaient en effet la qualification d'inhabituelle : (1) la clause selon laquelle la créance relative à la partie restante du prix ainsi que les droits de propriété étaient cédés à la banque, était mise en évidence ; (2) il était prévu des paiements mensuels à verser à la banque cessionnaire et enfin (3) il est bien connu que les banques ne concluent pas de tels contrats de vente mais sont, dans une telle opération, économiquement, prêteuses.
- 82 Le TF a aussi considéré qu'un professionnel ne peut ignorer, s'agissant d'une clause préformulée reportant sur le tireur le risque de falsification d'un chèque, que les banques ont l'habitude de modifier en la matière la répartition des risques prévue par la loi¹²⁹.
- 83 Confronté, en matière de contrat d'assurance, à une clause de limitation du risque assuré, le TF affirme que le principe de l'inhabituel peut s'appliquer lorsque des clauses préformulées réduisent dans une large mesure le risque couvert tel qu'il ressort de la description générale ou de la publicité, si bien que les risques principaux ne sont plus couverts, « *wenn Sinn und Tragweite einer Bestimmung infolge komplizierter Formulierung verklausuliert sind* » ou encore quand leur positionnement au sein des CGA est surprenant et apparaît inattendu¹³⁰. Aucune de ces conditions n'est remplie en cas d'exclusion de couverture lorsque le véhicule est utilisé sur un circuit, lorsque la clause comporte une structure claire et est précédée d'un titre (« *Quels dommages ne sont pas couverts ?* ») figurant en caractères gras¹³¹.

¹²⁷ TF du 29.10.2004, in : ZR 2005, N° 42, p. 166 ss.

¹²⁸ ATF 109 II 213, consid. 2b, JdT 1985 I 66 (trad.). Cet arrêt précède, il est vrai, de quelques mois celui rendu au sujet du pouvoir de représentation de l'entrepreneur dans la norme SIA.

¹²⁹ ATF 122 III 26, consid. 4a/bb ; ATF 122 III 373, consid. 3a.

¹³⁰ TF 5C.134/2004 du 01.10.2004, consid. 4.2 ; 5C.53/2002 du 06.06.2002, consid. 3.2.

¹³¹ TF 5C.53/2002 du 06.06.2002, consid. 4.3.

- 84 Dans le cadre d'un contrat de bail conclu avec les CFF, n'a pas été considérée comme insolite la clause préformulée prévoyant, dans certains cas, la dénonciation en tout temps avec fixation d'un délai de trente jours. Le TF a considéré d'une part que « *l'attention du preneur était [...] attirée sur le fait que les prescriptions contenaient notamment des dispositions sur la résiliation du contrat* », d'autre part, que celui qui contracte avec un tel bailleur « *doit s'attendre à être contractuellement soumis à des restrictions de tous ordres* »¹³².
- 85 La Cour de Justice de Genève a nié le caractère inhabituel du règlement d'un parking qui prévoyait qu'en cas de perte du ticket, le client devait s'acquitter d'un montant correspondant à celui qui serait dû s'il était arrivé à 7 heures du matin¹³³. Elle a estimé que « *La règle instituée [...] apparaît au contraire logique et équitable ; elle tend à prévenir des fraudes qu'il n'y aurait guère moyen de combattre autrement, sans frais excessifs* ». Elle a relevé que le bien-fondé de cette clause pourrait éventuellement être remis en question si le client peut établir, par des témoignages notamment, qu'il est arrivé après 7 heures du matin (une telle preuve n'avait pas pu, en l'espèce, être rapportée).

B. Conventions exclusives de responsabilité

- 86 Aux termes de l'art. 100 al. 2 CO, « *le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité* ». La jurisprudence entend largement la notion d'industrie concédée par l'autorité, assimilant à celle-ci l'autorisation de police nécessaire pour exercer certaines activités, notamment bancaires¹³⁴.
- 87 Dans trois arrêts, le TF a écarté, en se fondant sur l'art. 100 al. 2 CO, une clause d'exclusion de responsabilité, insérée dans les CGA d'une banque. Il y a affirmé : « *[...] en vertu de son pouvoir d'appréciation – c'est-à-dire en appliquant les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC) – le juge pourra tenir pour nulle une clause mettant d'emblée à la charge du client, en cas de faute légère de la banque, le risque de l'exécution en main d'une personne non autorisée à recevoir la prestation. Dans son pouvoir d'appréciation, il lui appartiendra d'examiner la clause litigieuse en tenant compte des autres stipulations du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier*

¹³² ATF 108 II 416, consid. 1c.

¹³³ TF du 20.12.1991, in : SJ 114, 1992, p. 175.

¹³⁴ ATF 112 II 450.

[...]. A cet égard, il y aura lieu de prendre en considération, d'une part, le besoin de protection des clients contre les clauses préformulées – pratiquement non susceptibles d'être discutées –, telles qu'elles figurent dans les conditions générales [...], et, d'autre part, l'intérêt que peut avoir la banque à se prémunir contre certains risques dont la réalisation peut difficilement être évitée. Cette pesée des intérêts antagonistes, pour laquelle il est impossible de poser des règles absolues, doit conduire, en définitive, à une répartition équitable du risque entre la banque et ses clients, sur le vu de la situation propre à l'affaire considérée »¹³⁵. Dans deux cas, le TF ne procède pas véritablement à cette pesée d'intérêts. Il se contente de relever en substance que la faute de la banque était suffisamment grave pour qu'il soit inéquitable de faire supporter le risque au client¹³⁶ ou que « en tant que cette faute est seulement légère, l'équité n'autorise pas la banque à invoquer la clause de transfert de risque pour imputer au client le préjudice [...] »¹³⁷. Il en va différemment dans le troisième arrêt, mais la motivation reste relativement sommaire. D'une part, la haute cour déclare que, contrairement aux autres clauses contractuelles, qui laissent une grande liberté à la banque s'agissant de la politique de placement, la clause examinée crée un déséquilibre sensible au détriment du client. D'autre part, elle observe que la banque était en mesure d'éviter elle-même la réalisation du risque dont elle entendait s'exonérer¹³⁸.

- 88 La jurisprudence fédérale relative à la relation entre clause exclusive de responsabilité et garantie de la chose vendue – que ces conventions aient ou non été stipulées dans des CGA – considère qu'une clause n'est pas valable quand elle s'écarte totalement des attentes de l'acheteur¹³⁹, le but économique visé par ce dernier, reconnaissable pour l'autre partie, étant déterminant à cet égard ; cela revient à dire que si un défaut compromet dans une large mesure le but économique visé par l'acheteur, il n'est pas couvert par la clause d'exclusion de responsabilité¹⁴⁰. Le TF précise encore que le juge doit faire preuve d'une certaine retenue dans la censure de ce type de clause, en particulier que « *der Richter darf eine Freizeichnungsklausel insbesondere*

¹³⁵ TF 4C.158/2006 du 10.11.2006, consid. 2.3 ; ATF 132 II 449, consid. 2.3. Formulation très proche dans ATF 112 II 450, consid. 3a.

¹³⁶ ATF 112 II 450, consid. 3b.

¹³⁷ ATF 132 III 449.

¹³⁸ TF 4C.158/2006 du 10.11.2006, consid. 2.3.

¹³⁹ « [...] gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste », ATF 130 III 686, consid. 4.3.1., JdT 2005 I 247 (trad.), SJ 2005 I p.105. Voir aussi ATF 126 III 59, consid. 4a ; ATF 107 II 161, consid. 6c/d, JdT 1981 I 582 (trad.).

¹⁴⁰ ATF 130 III 686, consid. 4.3.1, JdT 2005 I 247 (trad.), SJ 2005 I p.105.

nicht schon für unwirksam erklären, weil sie gegen sein Gerechtigkeitsempfinden verstösst »¹⁴¹.

2.2 Doctrine

- 89 La doctrine prend position de manière nuancée sur le principe de l'inhabituel. Pour GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, il faut distinguer strictement clauses défavorables et clauses inhabituelles¹⁴². Ils estiment qu'une clause peut être inhabituelle sans être défavorable. De plus, ces auteurs rejettent la condition subjective retenue par le TF puisque, à leurs yeux, une clause peut être inhabituelle même pour une personne active dans la branche considérée, que ce soit en raison de son contenu, de son placement dans les CGA ou eu égard aux négociations contractuelles. Pour FORSTMOSER, le caractère défavorable d'une clause ne suffit en aucun cas à rendre celle-ci inhabituelle¹⁴³. ALFRED KOLLER estime qu'il faut certes distinguer les deux notions mais que le caractère défavorable peut constituer un indice pour qualifier une clause d'inhabituelle¹⁴⁴ ; en revanche, pour lui, il n'est pas douteux que seule une clause défavorable pour le client peut être considérée comme inhabituelle au sens où on l'entend ici¹⁴⁵.
- 90 Pour DESSEMONTET, il faut se poser les questions suivantes : (1) La clause est-elle « *surprenante par la position qui lui est assignée dans l'accord ?* », (2) La clause est-elle « *onéreuse à l'excès pour le cocontractant parce qu'elle crée une dissymétrie entre les droits et les obligations des deux parties, leur pouvoir de résilier le contrat ou leur responsabilité ?* » et (3) « *La clause en question est-elle insolite parce qu'elle s'écarte du contenu auquel on peut s'attendre raisonnablement vu le but du contrat, les intérêts des parties et les usages du commerce ? Est-elle un corps étranger dans la convention des parties ?* »¹⁴⁶.
- 91 GIGER est d'avis que le caractère inhabituel se détermine selon le contenu du contrat considéré dans son ensemble ; il faut tenir compte en particulier des attentes légitimes – et conformes à la bonne foi – du client, de manière générale ou compte tenu du comportement de l'utilisateur des CGA. Pour lui, la situation concrète et l'expérience du client jouent un rôle¹⁴⁷.

¹⁴¹ ATF 130 III 686, consid. 4.3.1, JdT 2005 I 247 (trad.), SJ 2005 I p.105.

¹⁴² N° 1142 ; en ce sens également : KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 206.

¹⁴³ FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gesetzpraxis, p. 47.

¹⁴⁴ § 23, n°40.

¹⁴⁵ § 23, n° 48.

¹⁴⁶ CR-CO I, art. 1 CO, n° 57.

¹⁴⁷ Grundsätzliches zum Einbezug, p. 66.

- 92 SCHÖNENBERGER/JÄGGI et FORSTMOSER veulent n'appliquer que restrictivement la règle de l'inhabituel¹⁴⁸. Pour ALFRED KOLLER, une telle conception, trop étroite, ne tient pas suffisamment compte du déséquilibre « structurel » existant entre l'utilisateur des CGA et le client, qui ne peut être corrigé que par la mise en évidence de toute clause tant soit peu inhabituelle. Cette dernière exigence a l'avantage, selon cet auteur, de clarifier la situation. En effet, si le client accepte les CGA en dépit de la mise en évidence de toutes les clauses potentiellement problématiques, il ne pourra alors pas remettre en question une de celles-ci¹⁴⁹.
- 93 Est aussi discutée la question de savoir dans quelle mesure un professionnel peut se prévaloir de la règle de l'inhabituel. Pour FORSTMOSER, si une clause est inhabituelle, elle doit être mise en évidence, même lorsque le client est un professionnel¹⁵⁰. ALFRED KOLLER admet plus facilement le caractère inhabituel pour un non professionnel que pour un professionnel¹⁵¹. Pour GIGER, la distinction s'impose s'agissant des clauses d'exclusion de responsabilité : celles-ci ne peuvent pas être considérées comme surprenantes par un professionnel, mais il peut en aller autrement d'un consommateur¹⁵².

§ 5 *Art. 8 LCD*

I. Généralités

- 94 Le 13 décembre 1978, le Conseil national prit, sous l'impulsion du conseiller national Alder, une motion exigeant de légiférer en matière de CGA en complétant le droit des obligations. Le Conseil des États transforma par la suite cette motion en postulat. Le Conseil fédéral décida que la problématique devait être traitée dans le cadre de la révision de la LCD, arguant que cela permettrait aux associations de protection des consommateurs d'agir¹⁵³. Dans le projet de 1983, le Conseil fédéral reprit pour l'essentiel les propositions de la commission d'experts qu'il avait nommée. Après élimination des divergences dans les deux conseils, la nouvelle loi devait s'appliquer à toutes

¹⁴⁸ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZKomm, art. 1 CO, n° 499 qui pourtant sont d'avis que la rédaction trop large d'une clause peut rendre celle-ci inhabituelle ; FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 47.

¹⁴⁹ § 23, n° 47.

¹⁵⁰ Gesetzgebung und Gerichtspraxis, p. 47.

¹⁵¹ § 23, n° 40.

¹⁵² Grundsätzliches zum Einbezug, p. 67.

¹⁵³ FF 1983 II p. 1085.

les CGA. Le Conseil des États introduisit l'exigence que les CGA induisent en erreur le cocontractant¹⁵⁴.

- 95 La version finalement adoptée, sous la note marginale « *utilisation de conditions commerciales abusives* », a la teneur suivante :

« *Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie et qui :*

- a. *Dérogent notablement au régime applicable directement ou par analogie, ou*
- b. *Prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat ».*

- 96 L'art. 8 LCD s'applique non seulement lorsque l'une des parties a rédigé les CGA, mais aussi lorsque celles-ci ont été préparées par un tiers¹⁵⁵. Peu importe que le cocontractant de l'utilisateur des CGA soit un consommateur ou un professionnel¹⁵⁶.

II. Conditions d'application

I *Nature à provoquer une erreur*

- 97 La condition de la nature à provoquer une erreur est problématique en ce qu'elle réduit drastiquement l'efficacité de l'art. 8 LCD. Certes, il est unanimement admis que l'intention de tromper n'est pas nécessaire, pas plus qu'une tromperie effective, l'aptitude à induire en erreur étant suffisante¹⁵⁷. Toujours est-il que l'existence de cette condition devra être, dans chaque cas, établie par le client. Cela est d'autant plus malaisé que, comme l'ont relevé plusieurs auteurs, on ne sait trop quel est le sens de cette condition : la nature à provoquer une erreur concerne-t-elle les circonstances de la conclusion du contrat ou au contraire le contenu des clauses¹⁵⁸? De nombreuses voies ont été explorées par la doctrine pour faire une interprétation large de cet élément et ainsi tenter d'en limiter la portée.

¹⁵⁴ BO CE 1986, p. 423.

¹⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1152.

¹⁵⁶ DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 60.

¹⁵⁷ TF du 05.08.1997 consid. 2 a, in : Pra 1/1998, n° 9, p. 53 ss. Du même avis GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1154; DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 63.

¹⁵⁸ STAUDER, Les clauses abusives, p. 89 ; FAVRE-BULLE, Commentaire d'arrêt, p. 647.

- 98 Certains voient en l'erreur un manquement à l'obligation de transparence, telle qu'elle ressort du droit allemand¹⁵⁹. Ainsi, MATT établit les catégories suivantes, propres à induire en erreur : clauses inhabituelles, clauses peu claires ou ambiguës, CGA incompréhensibles (en raison de leur complexité), clauses dissimulées, clauses matériellement incompréhensibles, clauses indéterminées et clauses empêchant de percevoir qu'elles dérogent à la loi¹⁶⁰.
- 99 DESSEMONTET admet une erreur en cas de « *défaut de clarté des clauses, défaut de leur présentation, impossibilité de les consulter en temps opportun* »¹⁶¹. Mais il se démarque quelque peu des partisans de l'obligation de transparence, puisqu'il affirme la nécessité d'une croyance erronée de la part du client, le doute, l'incertitude ou l'incompréhension ne suffisant pas¹⁶². Pour lui, un comportement contradictoire suscite telle croyance, à l'instar d'une clause d'exclusion de garantie incorporée dans un contrat de vente promettant certaines qualités¹⁶³. Il estime en outre que ce critère s'interprète selon le principe de la confiance et l'expérience en affaires¹⁶⁴.
- 100 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY sont relativement proches de ce dernier auteur lorsqu'ils évoquent, comme facteurs la formulation d'une clause, son placement dans le texte et sa présentation graphique¹⁶⁵. Une partie de la doctrine ne partage pas cette opinion. Pour elle, une telle conception est trop peu protectrice du client puisqu'elle revient à lui dénier toute protection lorsque le contenu de la clause est abusif mais suffisamment clair¹⁶⁶.
- 101 De manière plus radicale, SACK a proposé de considérer que toute clause défavorable soit automatiquement considérée comme étant de nature à provoquer une erreur. Cette affirmation se fonde sur les attentes qu'auraient les clients vis-à-vis des CGA : ces dernières seraient censées correspondre à ce qui est habituel sur le marché et seraient empreintes d'une certaine équité¹⁶⁷. On oppose à cette opinion le fait que, en réalité, les clients savent pertinemment que les CGA ont notamment pour but de limiter leurs droits ; que l'erreur quant au caractère usuel, sur le marché, de telles conditions, n'est

¹⁵⁹ MATT ; MÜLBERT, p. 728 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, n° 12.12. Sur l'obligation de transparence en droit allemand, cf. infra n° 744 ss.

¹⁶⁰ P. 112 ss.

¹⁶¹ Le contrôle judiciaire, p. 71.

¹⁶² Le contrôle judiciaire, p. 72.

¹⁶³ Was soll noch Art. 8 UWG, p. 110.

¹⁶⁴ CR-CO I, art. 1, n° 62. Contra : GUYET, p. 63.

¹⁶⁵ N° 1153.

¹⁶⁶ KRAMER, BKomm, art. 19-20, n° 287 ; HUGUENIN JACOBS, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 86. En ce sens également : FAVRE-BULLE, Commentaire d'arrêt, p. 647 ; BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, art. 8, n° 30.

¹⁶⁷ SACK, p. 147.

possible que pour des types de contrats largement standardisés et que, en outre, si certaines clauses défavorisant de manière inappropriée le client sont répandues dans tel ou tel secteur (banque ou assurances, par exemple), on ne saurait plus alors parler d'erreur¹⁶⁸.

- 102 BAUDENBACHER a suggéré que le texte de l'art. 8 LCD comporterait une lacune impropre, ce qui permettrait éventuellement de l'interpréter *contra legem*¹⁶⁹. Il a aussi préconisé l'emploi de l'art. 8 LCD en relation avec l'art. 19 al. 2 CO pour procéder à un contrôle du contenu ouvert et sans restrictions particulières¹⁷⁰.
- 103 La jurisprudence quant à elle affirme clairement que la nature à provoquer une erreur est un critère indépendant, qui se cumule aux conditions légales des let. a et b¹⁷¹. Dans un arrêt concernant une limitation de couverture dans une assurance casco complète, le TF a déclaré nulle une clause jugée insolite, tout en précisant que celle-ci, en raison de son caractère ambigu, ne résisterait pas à l'examen de l'art. 8 LCD¹⁷². Il est donc permis de penser que la haute cour fait de cette condition une interprétation proche de celle s'inspirant de l'obligation de transparence.
- 104 Un arrêt du TF de 1997, non publié au recueil officiel, renforce ce sentiment¹⁷³. L'affaire concernait la clause préformulée, contenue dans un contrat de location d'une automobile, qui prévoyait la responsabilité entière du locataire au cas où celui-ci commettrait une faute grave. Le client estimait que cette clause dérogeait notablement à l'art. 14 LCA, disposition qui sanctionne la faute grave par la seule réduction de la prestation de l'assureur. Le TF examine la nature à provoquer une erreur sous trois aspects. Tout d'abord, il constate que la lettre de cette clause est claire, même pour un non juriste, s'agissant aussi bien de la sanction prévue que de la notion de « faute grave » ; en effet, les règles de la circulation routière sont connues de tout usager de la route et il serait au surplus impossible de dresser un catalogue des comportements constituant une faute grave. Ensuite, l'emplacement de la clause n'est pas non plus propre à induire le client en erreur puisque le contrat principal, qui ne comprend que quelques lignes, renvoie expressément à la clause examinée. Enfin, d'un point de vue graphique, la clause ne prête pas le

¹⁶⁸ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 31.

¹⁶⁹ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 33. Mais cet auteur semble ne voir là qu'une possibilité théorique que, par ailleurs, il rejette (*Was soll noch Art. 8 UWG ?*, p. 115).

¹⁷⁰ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 34.

¹⁷¹ ATF 117 II 332, consid. 5a.

¹⁷² ATF 119 II 443. Cf. supra n° 78.

¹⁷³ TF du 05.08.1997, consid. 2 a et b, in : *Pra* 1/1998, n° 9, p. 53 ss.

flanc à la critique, puisqu'elle a été rédigée en caractères gras. Cette disposition contractuelle n'était donc pas de nature à provoquer une erreur.

2 Dérégation notable au régime légal applicable

2.1 Régime directement applicable

- 105 Le législateur fait ici référence aux contrats nommés. Le régime directement applicable se compose des normes du Code des obligations applicables au contrat en cause, celles de la partie générale et celles de la partie spéciale¹⁷⁴ ou, ce qui revient au même, les règles du droit des obligations qui s'appliqueraient à défaut de la réglementation contractuelle en question¹⁷⁵. La jurisprudence entre aussi en ligne de compte¹⁷⁶. D'aucuns considèrent que la portée de cet élément est plus large et vise aussi par exemple les règles de la protection des données¹⁷⁷. Les règles sur la répartition du fardeau de la preuve (notamment l'art. 8 CC) appartiennent également au régime légal applicable¹⁷⁸.

2.2 Régime applicable par analogie

- 106 Sont visés ici les contrats innommés mixtes. Les contrats innommés *sui generis* ne peuvent en revanche pas être rapprochés d'un type particulier de contrat ; on ne peut donc leur appliquer que la partie générale du Code, et non certaines dispositions de la partie spéciale¹⁷⁹.

2.3 Caractère notable de la dérogation

- 107 Cet élément légal signifie que la dérogation doit être d'une certaine intensité¹⁸⁰.
- 108 Il est généralement admis qu'il faut mettre en balance les intérêts des deux parties¹⁸¹. Cette pesée doit se faire de manière globale. Ainsi, comme l'affirme DESSEMONTET, «*il convient que le juge compare deux ensembles : l'ensemble*

¹⁷⁴ DESSEMONTET, Le contrôle judiciaire, p. 72.

¹⁷⁵ BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, art. 8, n° 43.

¹⁷⁶ Message, p. 1073 ; DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 66.

¹⁷⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1152a.

¹⁷⁸ GAUCH, Die Verwendung, p. 54.

¹⁷⁹ DESSEMONTET, Le contrôle judiciaire, p. 73 s. ; BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, art. 8, n° 46.

¹⁸⁰ ATF 117 II 332, consid. 5a ; DESSEMONTET, Le contrôle judiciaire, p. 74 ; Le message parle d'atteinte « sensible » (FF 1983, II, p. 1074).

¹⁸¹ GAUCH, Die Verwendung, p. 53.

des conditions générales en cause (et non seulement la clause attaquée) et l'ensemble du régime légal »¹⁸².

- 109 Se pose la question de la « compensation » de clauses défavorables par d'autres, favorables au client. La doctrine distingue selon qu'il y a une relation entre les clauses envisagées ou non, la neutralisation de la clause suspecte n'étant possible que dans le premier cas¹⁸³. A cette problématique est rattachée celle de l'argument du prix. Ce dernier n'est, de manière générale, admis que si un choix est offert au client entre plusieurs prestations distinctes, le prix variant en fonction de l'ampleur de celles-ci¹⁸⁴ ; certains semblent pourtant admettre l'argument du prix de manière plus large¹⁸⁵. Il appartient à l'utilisateur des CGA de démontrer qu'une clause défavorable est « compensée »¹⁸⁶. Symétriquement, il est admis que certaines clauses puissent être abusives considérées dans leur ensemble, alors qu'elles ne le seraient pas si on les examinait isolément (« effet additionnel »)¹⁸⁷.
- 110 Les tribunaux se sont rarement prononcés sur le caractère notable de la dérogation d'une clause. Dans un arrêt de 1996, le TF a considéré que ne constitue pas une dérogation notable au sens de l'art. 8 let. a LCD une clause préformulée faisant supporter au tireur les dommages découlant de l'utilisation abusive d'eurochèques, indépendamment de toute faute de sa part – dérogeant en cela à l'art. 1132 CO¹⁸⁸. Examinant la situation dans son ensemble, la haute cour considère : (1) que les eurochèques remplissent le rôle d'argent comptant ; or celui qui perd du numéraire en subit les conséquences, (2) qu'il n'y a « *pas d'obstacle de principe à ce que le tireur et ayant droit à la carte EC supporte une large responsabilité dans un système fondé sur la théorie de l'apparence* » et (3) qu'en l'espèce, le risque était limité au montant de la garantie des chèques et que le dommage subi était remboursé jusqu'à concurrence de quatre-vingt-dix pourcents du montant de la limite de garantie accordée aux eurochèques (couverture pourtant limitée à dix chèques).

¹⁸² CR-CO I, art. 1, n° 67. Également partisan d'une appréciation d'ensemble : HERTIG (Was soll noch Art. 8 UWG ?, p. 116).

¹⁸³ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 49.

¹⁸⁴ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 49. En ce sens également GAUCH, *Die Verwendung*, p. 53, note de bas de page n° 30.

¹⁸⁵ DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 67. Le message va aussi dans ce sens (FF 1983 II p. 1074).

¹⁸⁶ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 50.

¹⁸⁷ GAUCH, *Die Verwendung*, p. 53.

¹⁸⁸ ATF 122 III 373, consid. 3a.

3 *Dérogation notable à la nature du contrat*

- 111 Ce critère est subsidiaire à celui de la dérogation notable au régime légal applicable¹⁸⁹. Ici aussi, le caractère notable requiert une certaine intensité de la différence d'avec des droits et obligations résultant de la nature du contrat¹⁹⁰.
- 112 Une contradiction entre cet élément légal et celui prévu à la let. a est difficilement imaginable. Comme l'affirme DESSEMONTET, « [...] le législateur ne peut guère s'être 'trompé' au point de prévoir un régime légal qui s'écarte notablement de la répartition des droits et des obligations découlant de la nature du contrat. Des conditions générales ne peuvent donc pas déroger à la répartition des droits et des obligations qui découle de la nature du contrat sans s'écarter notablement, du même coup, du régime légal applicable directement »¹⁹¹. Cette dernière affirmation fait dire à certains auteurs que la let. b n'a pas de portée propre et n'a qu'un rôle de sauvegarde¹⁹².
- 113 Pour la doctrine majoritaire, la nature du contrat correspond au but économique visé par les parties¹⁹³. Ce critère est jugé efficace, puisqu'il sera en principe aisé au juge, après qu'il aura établi ce but, de déterminer si une clause lui est contraire¹⁹⁴.
- 114 Pour DESSEMONTET, une clause est contraire à la nature du contrat si elle est insolite, c'est-à-dire « *erratique, en dehors de l'édifice contractuel voulu et pratiqué comme un tout dans la vie des affaires ou la vie de tous les jours* », ou qu'elle est contradictoire, soit contraire au principe qui veut qu'on ne peut s'obliger et s'exonérer à la fois¹⁹⁵. KRAMER partage cette opinion, mais il remarque qu'il ne peut s'agir là que d'indices, des clauses étrangères à l'affaire pouvant avoir un contenu équilibré alors que, inversement, des clauses que l'on trouve fréquemment dans la pratique peuvent être déséquilibrées¹⁹⁶.

¹⁸⁹ ATF 117 II 332, consid. 5a ; Message, FF 1983 II p. 1107. La doctrine admet unanimement la subsidiarité. Voir par exemple BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 51 ; DESSEMONTET, *Le contrôle judiciaire*, p. 76 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1153.

¹⁹⁰ DESSEMONTET, *CR-CO I*, art. 1, n° 70.

¹⁹¹ DESSEMONTET, *Le contrôle judiciaire*, p. 76.

¹⁹² PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, n° 12.21.

¹⁹³ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 53 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1153.

¹⁹⁴ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 53.

¹⁹⁵ *Le contrôle judiciaire*, p. 75. La seconde hypothèse rejoint donc l'idée d'incompatibilité avec le but économique voulu par les parties.

¹⁹⁶ KRAMER, *BKomm*, art. 19-20 CO, n° 297.

115 Evoquant aussi bien les let. a et b de l'art. 8 LCD, HERTIG est d'avis que l'analyse devrait porter sur les points suivants : « *mauvaise exécution ou inexécution fautive, garanties, cession de droits et obligations, compensation, péremption et prescription, for, droit applicable, clause pénale, preuve, modification unilatérale et fin du contrat* »¹⁹⁷.

4 *Caractère inapproprié comme critère implicite*

116 Le caractère inapproprié d'une clause n'est pas une condition légale de l'art. 8 LCD. Cette condition, qui se déduit d'une interprétation téléologique de la norme, peut revêtir une certaine importance. En effet, comme le souligne à juste titre BAUDENBACHER, il n'est pas exclu qu'une clause soit appropriée en dépit d'une dérogation importante d'avec la réglementation légale¹⁹⁸. Cela est vrai pour deux raisons. D'une part, l'origine lointaine de certaines normes peut laisser apparaître celles-ci comme peu adaptées à notre temps ; de telles règles ne sauraient jouer le rôle de modèle attribué, de manière générale, aux dispositions légales et par conséquent, une dérogation, même notable, à celles-ci, ne saurait être jugée trop sévèrement¹⁹⁹. D'autre part, plus le but économique poursuivi par les parties s'éloigne de celui présumé par la loi, moins cette dernière est apte à servir de modèle²⁰⁰.

III. Application combinée des art. 2 et 8 LCD ?

117 A été évoquée l'idée selon laquelle une clause qui ne remplirait pas toutes les conditions de l'art. 8 LCD – en particulier parce qu'il n'y aurait pas de tromperie – pourrait être sanctionnée parce que contraire à l'art. 8 LCD en relation avec l'art. 2 LCD²⁰¹. Cette dernière disposition, qui constitue la clause générale en matière de concurrence déloyale, condamne toutes les pratiques *trompeuses ou qui contreviennent de toute autre manière aux règles de la bonne foi*. Toutefois, il est incontesté que l'application combinée de ces deux normes ne devrait avoir lieu que dans certaines hypothèses et que, par conséquent, elle ne peut constituer un contrôle ouvert du contenu efficace. Ainsi, pour BAUDENBACHER, il faut que la dérogation au régime applicable

¹⁹⁷ Was soll noch Art. 8 UWG ?, p. 116.

¹⁹⁸ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 56.

¹⁹⁹ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 56 ; en ce sens aussi DESSEMONTET, *Le contrôle judiciaire*, p. 75.

²⁰⁰ BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, art. 8, n° 57.

²⁰¹ L'art. 2 LCD dispose : « Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients ».

(art. 8 let. a LCD) ou la dérogation à la nature du contrat (art. 8 let. b LCD) soit unilatérale de manière crasse²⁰². Selon MÜLBERT, un tel contrôle ne peut avoir lieu que dans le cas de clauses qui ne peuvent être mesurées à l'aune ni du droit dispositif, ni de la nature du contrat²⁰³. La jurisprudence n'a jamais sanctionné une clause en se fondant à la fois sur les art. 2 et 8 LCD.

§ 6 Propositions doctrinales

- 118 La doctrine a suggéré que certains principes généraux du droit civil pourraient servir de base à un contrôle du contenu²⁰⁴.
- 119 Plusieurs auteurs affirment que la notion d'ordre public, au sens de l'art. 19 al. 2 CO, pourrait servir de base à un contrôle ouvert du contenu des clauses préformulées. Les partisans de cette solution affirment que le droit dispositif n'a pas qu'une fonction supplétive ; celui-ci reflète également des solutions que le législateur a jugées équilibrées. Pour eux, il peut certes y être dérogé. Mais cela suppose des modifications ponctuelles et faites de manière consciente, ce qui est en règle générale le cas dans le cadre d'une convention individuelle. En revanche, les CGA constituent une atteinte massive au droit dispositif, puisqu'elles tendent par définition à s'en écarter. Elles constituent une sorte de « législation privée » dépourvue de toute légitimité. Ainsi, il doit être permis de rendre impérative une règle considérée en général comme dispositive lorsqu'elle figure dans des CGA et qu'elle protège des principes fondamentaux de notre ordre juridique²⁰⁵. En ce sens, il a été proposé d'utiliser l'art. 19 al. 2 CO comme une clause générale, laquelle serait concrétisée par les critères des let. a et b de l'art. 8 LCD²⁰⁶.
- 120 GIGER est d'avis que l'art. 2 al. 2 CC est apte à servir de clause générale²⁰⁷. Cette opinion est rejetée par la doctrine majoritaire, pour qui l'abus de droit au

²⁰² BAUDENBACHER, *Schwerpunkte*, p. 35.

²⁰³ MÜLBERT, p. 730.

²⁰⁴ Il est admis que l'art. 8 LCD n'est pas une disposition spéciale qui empêcherait l'application de règles générales. Voir par exemple BAUDENBACHER, *Ansätze*, p. 59.

²⁰⁵ KRAMER, *BKomm*, art. 19-20, n° 158 ; STOCKAR, p. 77 ; BUCHER, p. 158 ; HUGUENIN, *BaKomm*, art. 19/20, n° 28 ; BAUDENBACHER, *Braucht die Schweiz*, p. 515. Contra : GIGER (*Geltungs- und Inhaltskontrolle*, p. 90 s.) qui estime que l'art. 19 al. 2 CO peut servir à qualifier d'impérative une règle apparemment dispositive. Mais une règle appartenant à cette dernière catégorie doit pour cet auteur pouvoir être modifiée librement, et pas seulement sous réserve du respect de l'obligation de bonne foi.

²⁰⁶ STAUDER, *Les clauses abusives*, p. 90 ; KRAMER, *BKomm*, art. 19-20, n° 294.

²⁰⁷ *Grundsätzliches zum Einbezug*, p. 79. En ce sens également ENGEL, p. 170, qui suggère aussi que l'erreur essentielle pourrait être un instrument utile.

sens de cette disposition ne permet de remettre en question que les clauses les plus déséquilibrées, ce qui la rend très peu efficace²⁰⁸. Il est aussi objecté que l'abus de droit visé par l'art. 2 al. 2 CC consiste (seulement) en *l'invocation d'une disposition* de manière contraire à la bonne foi ; en d'autres termes, une telle institution ne serait pas appropriée pour sanctionner le contenu du contrat²⁰⁹.

- 121 Certains voient dans la lésion un instrument adapté à un contrôle ouvert. La faiblesse intellectuelle, structurelle et psychologique du client confronté à des CGA pourrait être assimilée à l'inexpérience au sens de cette disposition. Les problèmes de plus en plus techniques qui se posent, même lorsque le contrat concerne des biens de consommation d'usage quotidien, pourraient aussi faire admettre une certaine inexpérience du client qui, de fait, n'a d'autre choix que de s'en remettre largement aux affirmations de son partenaire contractuel²¹⁰.
- 122 MERZ soutient que l'art. 71 CO qui, en son alinéa 2, interdit au débiteur d'une chose indéterminée d'offrir une chose de qualité inférieure à la moyenne, pourrait constituer une base légale idoine²¹¹ pour procéder à un contrôle ouvert du contenu.
- 123 L'art. 27 CC a également été évoqué²¹².
- 124 La jurisprudence s'est toujours refusée à procéder à un tel contrôle. Dans l'arrêt du four à pain²¹³, le TF a éludé la question, au motif que la clause était usuelle. Dans l'affaire de l'éleveur de poules, la haute cour s'est contentée d'affirmer qu'une clause doit d'autant plus facilement être considérée comme inhabituelle qu'elle est défavorable au client²¹⁴. Dans deux arrêts, elle a également renoncé à examiner cette question, eu égard aux circonstances du cas d'espèce²¹⁵.

²⁰⁸ BAUDENBACHER, Ansätze, p. 60.

²⁰⁹ HUGUENIN JACOBS, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 93.

²¹⁰ MERZ, p. 154 ss ; en ce sens également BELSER, p. 441, pour qui l'impossibilité de fait de trouver des CGA plus favorables est une gêne au sens de l'art. 21 al. 1 CO. Voir aussi les réf. citées par FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 121, et les réf. citées en note de bas de page numéro 148.

²¹¹ P. 161.

²¹² Voir FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 121 et les réf. citées en note de bas de page n° 150.

²¹³ ATF 109 II 213, JdT 1984 I 202 (trad.) ; cf. supra n° 81.

²¹⁴ ATF 109 II 457, JdT 1984 I 470 (trad.).

²¹⁵ ATF 116 II 459 et ATF 112 II 450. Il s'agissait dans le premier cas de la responsabilité d'une banque concernant un ordre de paiement falsifié. Le TF a jugé que la banque avait commis une faute, ce qui évacuait la problématique de la validité de la clause. La situation était analogue dans le second arrêt, relatif à une

Chapitre 5 : Sanction en cas de nullité de clauses contractuelles

§ 1 Généralités

- 125 *De lege lata*, cette problématique ne revêt pas une grande importance pratique, dans le domaine qui nous occupe, vu le peu de cas dans lesquels les tribunaux sanctionnent des clauses préformulées. Les deux questions principales qui se posent ici sont les suivantes : la nullité d'une ou plusieurs clauses doit-elle emporter celle de tout le contrat ? Dans la négative, le contrat maintenu peut-il, voire doit-il, être corrigé, et le cas échéant, comment ?
- 126 Le droit des obligations comprend des règles en matière de nullité partielle, que nous examinerons brièvement. Nous verrons ensuite dans quelle mesure celles-ci s'appliquent lorsque la partie non valable de la convention touche des clauses préformulées. Puis nous constaterons que, pour certains, la violation de l'art. 8 LCD n'entraîne pas la nullité partielle. Enfin, nous nous demanderons dans quelle mesure l'utilisation de CGA non valables peut fonder l'obligation, pour l'utilisateur des CGA, de réparer le dommage causé.

§ 2 Nullité partielle (ou suppression de tout le contrat)

I. Droit des obligations en général

1 Généralités

- 127 Les art. 19 et 20 CO prévoient qu'un contrat illicite est nul. Un contrat est illicite quand son contenu est contraire au droit positif suisse, fédéral ou cantonal, plus spécifiquement quand son contenu contrevient au but ou à la lettre d'une disposition légale²¹⁶. Si l'illicéité ne touche qu'une ou plusieurs clauses, le contrat est, aux termes de l'art. 20 al. 2 CO, maintenu si les parties auraient contracté sans elle(s). Il faut donc rechercher la volonté hypothétique des parties. D'épineux problèmes se posent en outre lorsque des points (objectivement ou subjectivement) essentiels sont touchés.

somme remise, contre présentation d'un livret d'épargne, à une personne qui n'était pas l'ayant droit.

²¹⁶ ATF 119 II 222, consid. 2, JdT 1994 I 598 (trad.).

2 *Volonté hypothétique des parties*

- 128 Il faut préciser tout d'abord que ce critère n'est pas absolu. Parfois en effet, une norme d'interdiction ou la morale commande la mise à néant de toute la convention ; la volonté hypothétique des parties n'est alors pas pertinente²¹⁷. Inversement, il se peut que le but du contrat exige le maintien de celui-ci, dépouillé de la partie nulle, sans que cela dépende de la volonté des parties²¹⁸.
- 129 A en croire certains auteurs²¹⁹, la question se pose au juge dans les termes suivants : qu'auraient décidé les parties, de bonne foi, agissant comme des partenaires contractuels raisonnables et corrects, vu les circonstances et les intérêts respectifs, si elles avaient connu, déjà au moment de la conclusion du contrat, la nullité de la (des) clause(s) en question ? En d'autres termes, c'est une approche objective qui est privilégiée. Pour une autre partie de la doctrine²²⁰, est seule déterminante la volonté hypothétique des parties au contrat en cause ; le critère est donc ici subjectif. Le TF applique parfois la première méthode²²¹, parfois la seconde²²².
- 130 En cas de doute, les parties sont censées vouloir maintenir le contrat. Ainsi, lorsque la volonté hypothétique des parties ne peut pas être établie, le contrat restera donc valable²²³.
- 131 Pour le TF, l'art. 20 al. 2 CO est une norme protégeant la partie qui serait défavorisée par la suppression de l'ensemble du contrat²²⁴, ce qui signifie que la partie « forte » ne doit pas pouvoir se prévaloir de la nullité totale. D'aucuns pensent en revanche que cette norme ne protège pas l'une des parties contre l'autre ; la volonté hypothétique commune des parties serait déterminante, sous réserve d'un éventuel abus de droit que commettrait celui qui se prévaut de la nullité totale²²⁵.

²¹⁷ ATF 112 II 433, consid. 4, JdT 1987 I 162 (trad.) ; KRAMER, BKomm, art. 19/20 CO, n° 347 ; SCHWENZER, n° 32.40 ; HUGUENIN, BaKomm, art. 19/20 CO, n° 62 et les réf. citées.

²¹⁸ HUGUENIN, BaKomm, art. 19/20 CO, n° 62.

²¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 700.

²²⁰ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 363 ss ; HUGUENIN, BaKomm, art. 19/20 CO, n° 63.

²²¹ ATF 123 III 289, consid. 3, JdT 1998 I 538 (trad.).

²²² ATF 120 II 35, consid. 4b ; 114 II 159, consid. 2c, JdT 1989 I 2 (trad.) ; ATF 107 II 419, consid. 3b. ; ATF 107 II 216, consid. 3b, JdT 1982 I 66 (trad.).

²²³ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 369 ; HUGUENIN, BaKomm, art. 19/20, n° 64.

²²⁴ ATF 109 II 239, consid. 3b ; GUILLOD/STEFFEN, CR-CO I, art. 19 et 20 CO, n° 103. En ce sens également SCHWENZER, n° 32.41.

²²⁵ HUGUENIN, BaKomm, art. 19/20 CO, n° 64.

- 132 Le TF accepte de scinder une disposition contractuelle en plusieurs, certaines étant valables, d'autres pas²²⁶. Une partie de la doctrine conteste le bien-fondé de cette position, estimant que chaque clause (« *Abrede* ») fait l'objet d'un consentement « en bloc » (« *einheitlich* »)²²⁷.
- 133 Il est admis que l'art. 20 al. 2 est de nature dispositive. Les parties peuvent donc prévoir que la nullité d'une partie du contrat entraînera la nullité de toute la convention ou, au contraire, que le contrat sera maintenu en dépit de la nullité de telle ou telle clause²²⁸. Il faut toutefois réserver les cas dans lesquels la norme prohibitive requiert la nullité de tout le contrat²²⁹.

3 Nullité affectant un point essentiel

- 134 Pour le TF, le contrat peut aussi être maintenu si la nullité touche un point essentiel de la convention²³⁰. La question est controversée en doctrine. Pour certains, la nullité d'une clause considérée comme essentielle par l'une des parties (clause subjectivement et unilatéralement essentielle) ne doit pas nécessairement remettre en cause tout le contrat ; car cela ne signifie encore pas que des personnes réputées raisonnables et honnêtes, n'auraient pas conclu le contrat, en raison de la seule absence de la clause en question²³¹. D'autres refusent d'appliquer l'art. 20 al. 2 CO dans une telle hypothèse, arguant que cette disposition enjoint le juge de rechercher ce qu'auraient voulu les cocontractants sans la partie nulle. S'il s'avère qu'un point est subjectivement essentiel, il faut en déduire qu'il n'y aurait pas du tout eu le consentement nécessaire à la conclusion du contrat ; il est donc vain de se demander quel serait le contenu de la convention²³².
- 135 Le sort du contrat lorsqu'un point objectivement essentiel est touché fait également débat chez les auteurs. L'argument invoqué contre le maintien du contrat en une telle hypothèse est fondé sur l'interprétation *a contrario* de l'art. 2 al. 2 CO, lequel ne prévoit la conclusion du contrat que si des points secondaires sont réservés²³³ ; compléter le contrat sur des points essentiels serait faire peu de cas de la liberté contractuelle. Cette opinion, minoritaire, a notamment pour conséquence l'impossibilité de ramener à une mesure

²²⁶ ATF 93 II 192 (critiques: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 692).

²²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 692 et les réf. citées.

²²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 695 ss ; SCHWENZER, n° 32.41.

²²⁹ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 333.

²³⁰ ATF 120 II 35, consid. 4a ; ATF 107 II 216, consid. 3a, JdT 1982 I 66 (trad.).

²³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 701 ; HÜRLIMANN, p. 71 s.

²³² KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 338.

²³³ OFTINGER, ZSR 57 II (1938), 570a. Voir aussi les autres références citées par KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n 340.

acceptable un accord fixant un prix trop élevé. La doctrine majoritaire réplique que la liberté contractuelle est suffisamment prise en compte, puisque la volonté hypothétique des parties peut tout à fait s'opposer au maintien partiel du contrat. Et l'analogie avec l'art. 20 CO n'est pas forcément pertinente, tant il est vrai qu'un accord qui s'avère nul doit être différencié d'un manque total d'accord²³⁴. Pour KRAMER, une solution « élégante » de régler le problème consiste à se demander si le but de la norme violée réclame la suppression de tout le contrat ou si la nullité partielle suffit à le satisfaire²³⁵.

4 *Nullité partielle modifiée*

- 136 La lettre de l'art. 20 al. 2 CO laisse à penser que le juge peut uniquement déclarer nul tout le contrat ou maintenir ce dernier, en retranchant la clause nulle. Mais bien souvent, la suppression d'une ou plusieurs clauses crée une lacune. En dépit de l'absence de toute réglementation légale, la jurisprudence²³⁶ confère au juge la faculté de maintenir le contrat tout en le modifiant, même si le complètement est dû à la nullité d'une clause portant sur un point essentiel²³⁷. Ce principe connaît toutefois des limites. Ainsi, le TF a refusé de modifier le contrat, pour des raisons de sécurité du droit, dans le cas d'une clause prévoyant une cession globale de créances²³⁸.
- 137 Reste à déterminer le contenu de la (des) règle(s) modifiée(s). Les règles légales, impératives et dispositives, jouent en principe ce rôle²³⁹. Certains auteurs sont d'avis que la volonté hypothétique des parties ne doit pas être prise en compte²⁴⁰. En revanche, pour KRAMER, la situation dans laquelle les parties ne se soucient pas de tel ou tel point et ce faisant prennent le risque que la réglementation légale soit appliquée, diverge du cas dans lequel les parties règlent le point en question, au moyen d'une clause qui s'avère nulle ; de plus, ne pas considérer la volonté hypothétique des parties reviendrait à bafouer le

²³⁴ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 341.

²³⁵ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 343.

²³⁶ ATF 120 II 35, consid. 4a ; ATF 120 II 341, consid. 5 et 6 ; ATF 114 II 159, consid. 2c, JdT 1989 I 2 (trad.) ; ATF 107 II 216, consid. 3, JdT 1982 I 66 (trad.).

²³⁷ ATF 120 II 35, consid. 4a ; ATF 120 II 341, consid. 5d ; ATF 107 II 216, consid. 3, JdT 1982 I 66 (trad.).

²³⁸ ATF 106 II 369, consid. 4.

²³⁹ Le Tribunal supérieur de Zurich (arrêt du 07.10.2004, consid. 6, in : ZR 104 (2005), n° 42, p. 166 ss) a sanctionné le juge de première instance, qui avait créé une règle propre pour compléter la lacune issue de la suppression d'une clause contractuelle, alors qu'il aurait dû appliquer la règle de droit dispositif pertinente. Du même avis KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 343 ; SCHWENZER, n° 3401.

²⁴⁰ HÜRLIMANN, p. 84, 86.

principe de l'autonomie privée²⁴¹. Dans certains cas, aucune disposition légale ne permet d'établir le contenu de la règle modifiée ; la volonté hypothétique des parties est alors seule déterminante²⁴².

- 138 Le cas le plus fréquent de nullité partielle modifiée concerne la nécessité de réduire une clause obligeant trop fortement l'une des parties («*geltungserhaltende Reduktion*»). Pour certains auteurs²⁴³, il est possible, dans un tel cas, que la volonté hypothétique des parties, en considérant l'obligation de bonne foi, conduise non à réduire au « maximum tolérable » la clause excessive – dont la teneur serait alors la plus proche possible de celle de la clause initiale – mais à la ramener à une mesure raisonnable, ce qui revient à opérer une correction plus importante. D'autres refusent d'aller aussi loin²⁴⁴.
- 139 Le TF pratique également la nullité partielle modifiée en cas de lésion (art. 21 CO). Il précise que dans ce contexte, la modification ne dépend pas, dans son principe, de la volonté des parties, laquelle est déterminante pour trouver une norme de remplacement, pour autant qu'une « *modification qualitative* » soit nécessaire²⁴⁵. Il laisse ouverte la question de savoir si la partie lésante peut demander la réduction quand bien même la victime de la lésion souhaiterait la nullité de l'ensemble du contrat²⁴⁶.

II. Particularités en matière de CGA

I Généralités

- 140 En cas de non intégration d'une clause, l'art. 20 al. 2 CO ne s'applique pas directement²⁴⁷ – puisque cette clause n'est pas illicite ou contraire aux mœurs, mais simplement, n'est pas partie intégrante de la convention. Il est toutefois admis que cette disposition est applicable par analogie²⁴⁸. Mais la doctrine souligne qu'il faut tenir compte des particularités liées à la conclusion d'un contrat comprenant des CGA.

²⁴¹ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 355.

²⁴² Voir l'exemple donné par GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 703.

²⁴³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 709.

²⁴⁴ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 355 ss.; HUGUENIN, BaKomm, art. 19/20 CO, n° 65.

²⁴⁵ ATF 123 II 289, consid. 2e, JdT 1998 I 538 (trad.).

²⁴⁶ ATF 123 II 289, consid. 2f, JdT 1998 I 538 (trad.).

²⁴⁷ FAVRE-BULLE, Commentaire d'arrêt, p. 651 s.

²⁴⁸ STAUDER, Les clauses limitatives ou exonératoires, p. 130 s.

141 Ainsi, d'une part, eu égard à la nécessité de protéger la partie faible²⁴⁹, il faut faire preuve d'une grande retenue quant à la possibilité de déclarer nul tout le contrat ; cela vaut en particulier lorsque c'est l'utilisateur des CGA qui réclame une telle mesure²⁵⁰. D'autre part, il sied d'exclure la possibilité de procéder à la nullité partielle modifiée. On inciterait sinon l'utilisateur des CGA à utiliser des clauses excessives. En effet, dans la plupart des cas, les clients ne se défendent pas contre des clauses abusives ; quand ils le font, le seul risque pour l'utilisateur des CGA est que la clause soit ramenée à une mesure acceptable. Globalement, l'utilisateur des CGA pourrait donc imposer des conditions contractuelles abusives²⁵¹. En d'autres termes, c'est par souci de prévention qu'il doit être renoncé à la nullité partielle. Une autre raison avancée pour exclure cette dernière est qu'il n'existe pas, en matière de CGA, de consentement valable dont il conviendrait de se rapprocher²⁵². La non application de la nullité partielle peut avoir des conséquences relativement importantes pour l'utilisateur des CGA, notamment parce qu'elle peut favoriser l'application du droit dispositif²⁵³. Ainsi, par exemple, une clause qui prévoirait une exclusion de responsabilité en cas de faute grave, violant par là l'art. 100 al. 1 CO, sera nulle purement et simplement. L'utilisateur des CGA répondra dès lors de toute faute, même légère, selon l'art. 97 CO²⁵⁴. On peut noter que le législateur a proscrit la nullité partielle modifiée en cas de crédit à la consommation, lorsque le taux convenu contractuellement dépasse le maximum légal : dans cette hypothèse, l'ensemble du contrat est nul, en dépit de la volonté des parties (art. 15).

2 Art. 8 LCD

142 La sanction, pour le cas où une clause serait déclarée contraire à l'art. 8 LCD, est discutée. Pour une partie de la littérature, l'utilisation de CGA contraires à l'art. 8 LCD est un acte de concurrence déloyale, sanctionné par l'art. 2 LCD ; cela entraîne la nullité de la convention pour illicéité au sens de l'art. 20 CO, nullité que le juge doit constater d'office et qui peut être invoquée en tout temps, par tout intéressé²⁵⁵. Les partisans de cette solution admettent que la nullité ne doit toucher que les clauses abusives et pas l'ensemble du contrat²⁵⁶.

²⁴⁹ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 355.

²⁵⁰ SCHWENZER, n° 46.09.

²⁵¹ SCHWENZER, n° 32.45.

²⁵² KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 376.

²⁵³ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 377.

²⁵⁴ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 377 ; STAUDER, Les clauses limitatives ou exonératoires, p. 131.

²⁵⁵ MATT, p. 123 ; SCHWENZER, n° 46.09.

²⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1156a ; KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 378 ; BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, n° 59.

En revanche, le juge n'aurait pas la possibilité de procéder à une « *geltungserhaltende Reduktion* »²⁵⁷.

- 143 Pour d'autres, la violation de l'art. 8 LCD ne constitue pas, en soi, un motif de nullité car cette disposition ne condamne pas le contenu des clauses, mais la manière dont a été conclu le contrat (utilisation de CGA de nature à induire en erreur le client). Selon cette opinion, le client doit agir contre l'utilisateur des CGA en cessation du trouble conformément à l'art. 9 al. 1, let. b LCD²⁵⁸.
- 144 Est aussi suggérée une solution médiane, qui consisterait à admettre une nullité partielle, en ce sens que le juge ne pourrait pas la retenir d'office et que les tiers ne pourraient pas s'en prévaloir²⁵⁹. La nullité ne toucherait que les clauses abusives, lesquelles seraient remplacées par le droit dispositif applicable ou par des règles que le juge trouverait appropriées. Cependant, dans certains cas (qui devraient rester exceptionnels), l'utilisateur des CGA devrait être admis à prouver qu'il n'aurait pas conclu sans les clauses en question telles qu'elles étaient prévues initialement. Le contrat serait alors nul dans son ensemble²⁶⁰.

§ 3 *Obligation de réparer le dommage*

- 145 La présence dans les CGA d'une clause abusive peut causer toute sorte de dommages au client. Ainsi, ce dernier peut faire une prestation, à son partenaire contractuel ou à un tiers, parce qu'une clause – dont il ignore, alors, qu'elle est abusive – l'y oblige. Le client qui parvient à faire déclarer nulle telle ou telle clause préformulée n'obtient, d'ordinaire, de l'autre partie qu'une indemnité de dépens. Par définition, celle-ci ne couvre pas l'entier des frais de représentation. La procédure qu'a engagée le client lui cause donc un dommage dont on peut se demander si et, cas échéant sur quelle base, il peut en demander la réparation. Dans un autre ordre d'idées, on peut mentionner le cas dans lequel le client subit un dommage parce qu'il a été induit en erreur par l'utilisateur des CGA quant à la teneur de celles-ci²⁶¹.

²⁵⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1156a ; KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 376.

²⁵⁸ GAUCH, *Die Verwendung*, p. 57 ; MÜLBERT, p. 732.

²⁵⁹ DESSEMONTET, *Le contrôle judiciaire*, p. 85.

²⁶⁰ DESSEMONTET, *Le contrôle judiciaire*, p. 86.

²⁶¹ Il pourrait en aller ainsi lorsque, pendant les pourparlers, l'utilisateur des CGA soumet plusieurs versions de ses clauses préformulées et que le client en retient une, l'utilisateur des CGA en intégrant finalement une autre.

I. Culpa in contrahendo

146 Celui qui utilise des clauses contractuelles dont il sait – ou devrait savoir – qu’elles ne sont pas valables, commet-il une *culpa in contrahendo* ? Vu la rareté des cas dans lesquels les tribunaux ont considéré des clauses pré-formulées comme abusives, la question ne revêt pas une grande importance. La jurisprudence a répondu par l’affirmative dans certains cas de nullité, pour cause d’illicéité, du contrat (dans son ensemble)²⁶². Tel est aussi l’avis de la doctrine²⁶³. En revanche, rares sont les auteurs qui se préoccupent des conséquences de la nullité partielle du contrat. BUCHER donne une réponse positive²⁶⁴. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt ancien, semble admettre cette possibilité²⁶⁵. Si notre haute cour devait trancher aujourd’hui, elle confirmerait vraisemblablement cette tendance. En effet, depuis une dizaine d’années, elle estime que la *culpa in contrahendo* s’inscrit dans le cadre plus large de la responsabilité fondée sur la confiance, renforçant ainsi la portée de ce principe.

II. Article 41 CO

147 On peut aussi se demander si l’art. 41 CO permettrait de fonder la réparation. La jurisprudence²⁶⁶ et la doctrine²⁶⁷ semblent l’admettre, sans toutefois consacrer de grands développements à cette question.

Chapitre 6 : Constats et critiques

§ 1 Existence de règles en matière d’intégration

148 Les tribunaux et la littérature ont dégagé quelques règles en matière d’intégration. On peut les résumer de la manière suivante : les CGA ne sont en principe valables qu’en cas de renvoi exprès à un texte dont le client doit avoir la possibilité de prendre connaissance ; d’aucuns exigent au surplus la remise des CGA au client lorsque celui-ci est un consommateur. Exceptionnellement, un renvoi tacite est admis, les tribunaux n’ayant pas mis fin à toutes les

²⁶² ATF 105 II 75, consid. 3, JdT 1980 I 66 (trad.) ; ATF 102 II 81, consid. 2, JdT 1977 I 210 (trad.) ; ATF 36 II 193, consid. 4.

²⁶³ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 404 s.; HUGUENIN, BaKomm, art. 19/20 CO, n° 65 ; SCHWENZER, n° 32.46.

²⁶⁴ BUCHER, p. 281.

²⁶⁵ ATF 40 II 370, consid. 5.

²⁶⁶ ATF 45 II 548, consid. 5.

²⁶⁷ BUCHER, p. 216.

controverses en la matière (la présence dans un catalogue suffit-elle ? Quid lorsque les conditions de l'expérience du client et celle de la connaissance, par ce dernier, du fait que son partenaire contractuel ne contracte jamais sans CGA, ne sont qu'alternativement remplies ?). Une partie de la doctrine exclut de l'intégration, lorsque le client est un consommateur, les clauses qui lui sont difficilement compréhensibles. Un certain flou règne également quant aux effets que peut avoir pour un professionnel la référence à des CGA après la conclusion du contrat : pour certains, le silence du client vaut acceptation pour les contrats futurs, d'autres allant jusqu'à affirmer la validité des clauses préformulées pour le contrat en question.

§ 2 *Priorité des accords individuels*

- 149 La priorité des accords individuels sur les clauses préformulées contraires est également bien établie, tant quant à son principe que s'agissant de son contenu. La portée de cette règle est large, puisque la contradiction n'a pas besoin d'être flagrante et puisqu'elle peut apparaître après la conclusion du contrat. Toutefois, la portée des clauses de forme écrite divise la doctrine²⁶⁸.
- 150 Le raisonnement permettant d'écartier les clauses de style est proche de celui de la priorité des accords individuels, puisqu'ici également, la clause est certes écrite, mais ne repose pas sur une volonté suffisante pour être prise en considération. Toutefois, la règle permettant la mise à l'écart des clauses de style n'est pas à même de protéger le client contre une clause qui lui serait défavorable. Car celle-ci, sauf cas tout à fait exceptionnel, a bien été voulue par l'autre partie au contrat et ne saura donc être qualifiée de clause de style.

§ 3 *Existence de règles en matière d'interprétation*

- 151 Il existe également des règles relativement précises en matière d'interprétation. Celles-ci prévoient l'application du principe de la confiance, lequel permet dans certains cas de s'écartier de la lettre du contrat. De ce même principe ressort également que le sens ordinaire des termes est, en règle générale, déterminant. Le principe de la confiance requiert une interprétation qui tienne compte de l'ensemble des circonstances d'espèce, comme l'affirment aussi bien la doctrine que les tribunaux. Toutefois, seul le sens qu'un client raisonnable peut donner à une clause peut être retenu. Cette dernière précision relativise considérablement la portée de la controverse portant sur le caractère individuel ou généralisé de l'interprétation. Car finalement, elle revient à dire que les circonstances individuelles ne sont à

²⁶⁸ Cf. supra, n° 54.

prendre en compte que si et dans la mesure où une généralisation est permise²⁶⁹. De plus, il est bien des cas dans lesquels toute circonstance individuelle fait défaut²⁷⁰ et où par conséquent la question ne se pose pas. De plus, le juge, lorsqu'il interprète une clause, tient compte de l'ensemble des dispositions contractuelles.

- 152 Enfin, même si aucune norme générale expresse ne le prévoit, les tribunaux procèdent systématiquement à une interprétation *contra stipulatorem* lorsque, *après recours, en vain, aux moyens classiques d'interprétation*, une clause préformulée reste ambiguë. Si cette dernière condition est remplie, la jurisprudence applique ce principe sans restriction particulière.

§ 4 *Contrôle du contenu*

I. Règle de l'inhabituel

- 153 Le TF a défini de manière claire le champ d'application personnel de la règle de l'inhabituel. Il a également précisé quelques critères permettant de retenir cette qualification.

1 *Champ d'application personnel*

- 154 Ainsi, tout d'abord, le TF précise qu'il entend protéger toute partie faible, soit celle qui, si elle n'acceptait pas les CGA qui lui sont proposées, ne trouverait pas de partenaire contractuel. Il faut, à notre sens, en déduire qu'est déterminante l'impossibilité de trouver un partenaire contractuel *offrant des conditions plus favorables*, puisque la protection accordée serait bien mince si on se limitait à vouloir protéger le client se trouvant face à un partenaire contractuel en situation de monopole. La haute cour adopte donc une approche économique, qui n'exclut pas la protection du professionnel.
- 155 Toutefois, cette dernière catégorie de clients est traitée avec plus de sévérité, puisque la compréhension ou non du sens d'une prorogation de for dépend de l'expérience du client et qu'un professionnel est censé ne pas ignorer que les banques modifient la répartition des risques prévue par la loi en cas de falsification de chèques. Du reste, de manière générale, l'inexpérience est un

²⁶⁹ KRAMER, BKomm, art. 1 CO, n° 220 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 490. A cet égard, WIEGAND affirme que l'interprétation faite par le TF n'a d'individuelle que le nom (p. 342).

²⁷⁰ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1, n° 490.

critère important²⁷¹. La doctrine ne dénie pas non plus toute protection au professionnel, mais se montre moins sévère que lorsque le client appartient à cette catégorie²⁷².

2 Critères

- 156 S'agissant des critères permettant d'apprécier le caractère inhabituel d'une clause, la jurisprudence fédérale fournit plusieurs indications. Le premier critère est l'inexpérience du client, pour autant que celle-ci soit reconnaissable pour l'autre partie, c'est-à-dire objective. Cela suppose que, quant à son contenu, une clause soit étrangère à l'affaire. Il en va ainsi lorsqu'elle modifie de manière essentielle la nature du contrat ou sort notablement du cadre légal du type de contrat en question. Le TF reprend ici tout bonnement les critères de l'art. 8 LCD. Le second élément est que l'application de la règle de l'inhabituel est d'autant plus justifiée lorsqu'une clause affecte la position juridique du partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA²⁷³. Les principes dégagés par le TF en matière de contrat d'assurance²⁷⁴ sont, à n'en pas douter, généralisables. Ainsi, toute clause s'écartant d'affirmations émanant d'autres documents ou de publicité, est inhabituelle ; la portée de cette règle n'est pourtant que réduite, eu égard au principe de la priorité des accords individuels et à l'interprétation *contra stipulatorem*. En revanche, il est intéressant de constater que le TF serait enclin à censurer les clauses qui, par leur complexité, empêchent le client d'en saisir le sens et la portée, ainsi que celles inattendues en raison de leur positionnement dans le texte. Enfin, il sied de noter que le TF prend en compte le contrat considéré dans son ensemble et donc procède à un contrôle «individuel», ainsi que le révèle l'arrêt sur le four²⁷⁵ et celui du contrat de bail conclu avec les CFF, dans lequel les particularités liées la qualité d'un tel bailleur ont été prises en considération²⁷⁶. La doctrine approuve cette position²⁷⁷.

²⁷¹ ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470 (trad.), cf. supra n° 76.

²⁷² Cf. supra n° 93.

²⁷³ TF 4C.427/2005 du 04.05.2006, consid. 2.1.; ATF 119 II 443, consid. 1a ; ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470 (trad.).

²⁷⁴ TF 5C.134/2004 du 01.10.2004, consid. 4.2 ; TF 5C.53/2002 du 06.06.2002, consid. 3.2. Cf. supra n°83.

²⁷⁵ ATF 109 II 213, JdT 1984 I 202 (trad.); cf. supra n° 81 . Du même avis, DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 58.

²⁷⁶ ATF 108 II 416, consid. 1c. Cf. supra n°84.

²⁷⁷ GIGER, p. 13.

3 *Faiblesses*

- 157 La règle de l'inhabituel est insatisfaisante, pour plusieurs raisons. Elle l'est tout d'abord d'un point de vue dogmatique²⁷⁸, puisqu'elle aborde la problématique sous l'angle de l'intégration, cette dernière poursuivant des objectifs différents d'un contrôle du contenu. Les règles sur l'intégration permettent de déterminer si une clause fait partie de l'accord passé, quand bien même le client n'en aurait pas pris connaissance. Il s'agit donc de règles qui, tenant compte des spécificités d'un contrat conclu avec des CGA, consacrent un consentement « normatif ». En revanche, les règles sur le contrôle du contenu visent à vérifier que l'utilisateur des CGA ne profite pas de sa supériorité pour rédiger des clauses qui lui soient trop favorables, et symétriquement, trop défavorables à son partenaire contractuel. La règle de l'inhabituel n'est pas non plus satisfaisante en termes de prévisibilité du droit²⁷⁹.
- 158 Le principal défaut de cette règle est son manque d'efficacité. En effet la plupart des clauses déséquilibrées sont également tout à fait habituelles. Et si une clause est effectivement inhabituelle, elle ne pourra pas être remise en cause si elle est suffisamment mise en évidence²⁸⁰. Ce contrôle est donc lacunaire – il n'offre aucune protection au client connaissant (ou, du moins censé connaître) les clauses « problématiques », mais devant les accepter, à peine de ne pas trouver de partenaire contractuel (quand bien même cet élément est pris en compte par le TF s'agissant du champ d'application personnel de la règle de l'inhabituel)²⁸¹ – et facile à contourner. Cette dernière affirmation est d'autant plus vraie au vu de l'arrêt²⁸² dans lequel le TF maintient la clause d'un contrat de bail, permettant une résiliation en tout temps moyennant un délai de 30 jours, au motif que le contrat principal précisait que les CGA contenaient des dispositions en matière de résiliation (mais pas la clause elle-même). En effet, ce raisonnement pourrait laisser à penser qu'il suffit à l'utilisateur de CGA de mentionner *dans le contrat principal*, de manière générique, tous les types de clauses contenues dans les CGA, pour immuniser son texte préformulé contre la règle de l'inhabituel²⁸³.

²⁷⁸ BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz, p. 517.

²⁷⁹ FAVRE-BULLE, Le rôle du principe de la bonne foi, p. 146 s.

²⁸⁰ KRAMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 21 ; BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz, p. 517 ; SCHWENZER, n° 45.12 ; HUGUENIN JACOBS, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 87.

²⁸¹ L'application large de la règle de l'inhabituel, telle que prônée par KOLLER (cf. supra n° 92) n'est donc pas suffisante.

²⁸² ATF 108 II 416, consid. 1c.

²⁸³ Il est vrai que ce n'était pas là le seul argument utilisé par le TF pour motiver le maintien de la clause. Cf. supra n°84.

Cette dernière ne permet d'intervenir qu'en présence de clauses véritablement étrangères à l'affaire qui n'auraient pas été mises en évidence. Elle n'aborde donc la problématique que sous un angle particulièrement étroit.

- 159 Les mêmes critiques que celles qui viennent d'être émises peuvent être formulées à l'encontre de la tendance qu'a eue parfois le TF à considérer comme ambiguës des clauses en réalité claires²⁸⁴ pour les interpréter à l'encontre de l'utilisateur des CGA. Il est au surplus difficile de prédire si un tribunal va considérer une clause comme peu claire ou non²⁸⁵.

II. Clauses de limitation de responsabilité

- 160 Le TF indique à trois reprises qu'il faut procéder à une pesée d'intérêts en présence d'une clause de limitation de responsabilité figurant dans des CGA. Il se fonde sur l'art. 100 CO, interprété largement s'agissant du champ d'application matériel (assimilation de l'autorisation de police à la concession).
- 161 On aurait dès lors pu penser que notre haute cour allait instituer dans ce domaine un véritable contrôle du contenu. Toutefois, le TF n'a procédé qu'une seule fois à une pesée d'intérêts²⁸⁶ (là où la situation était la plus claire, puisqu'il a suffi à nos juges suprêmes de constater l'absence pure et simple d'intérêt de l'utilisateur des CGA à s'exonérer de sa responsabilité, celui-ci étant lui-même en mesure d'éviter le dommage). Dans deux autres cas, il évite d'aborder le problème de front, arguant que l'importance de la faute commise, respectivement le sentiment d'équité, empêche l'invocation de la clause vu les circonstances. Ce manque de volonté de pratiquer réellement un contrôle du contenu, même dans un cadre relativement restreint, qu'elle considère expressément comme problématique et dans lequel elle peut se référer à une disposition légale topique, dénote une grande frilosité de notre haute cour en la matière.

III. Art. 8 LCD

- 162 La condition de l'aptitude à induire en erreur ôte toute portée à l'art. 8 LCD. Aucune des interprétations possibles de cet élément ne permet de corriger ce défaut législatif.

²⁸⁴ BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz, p. 518 ; HUGUENIN JACOBS, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 87 ; FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung, p. 135 ; SCHWENZER, n°45.12.

²⁸⁵ SCHWENZER, n° 45.12.

²⁸⁶ TF 4C.158/2006 du 10.11.2006, consid. 2.3.

- 163 Le fait que le TF ne trouve rien à redire à la clause de location d'automobile qui met l'ensemble du dommage à la charge du locataire en cas de faute grave de ce dernier²⁸⁷, démontre à quel point l'aptitude à induire en erreur constitue un obstacle à la protection du client. Cela est dû notamment au fait que la haute cour admet trop facilement la clarté d'une clause. Il est en effet douteux que la notion de faute grave puisse être suffisamment claire pour un laïque, fût-il automobiliste. Il est sans doute vrai qu'aucune liste ne saurait décrire exhaustivement les comportements qui entreraient dans cette catégorie ; en revanche, on aurait pu exiger de l'utilisateur des CGA qu'il dresse une liste exemplative, laquelle aurait permis au client de se faire une idée des cas dans lesquels il ne bénéficierait d'aucune couverture. Les deux autres arguments utilisés pour nier l'aptitude à induire en erreur sont tout aussi discutables. Le premier consiste à dire que l'emplacement de la clause ne pose pas de problème, le contrat principal étant bref et renvoyant expressément à la clause examinée. On pourrait y voir l'émergence du principe selon lequel un renvoi à une clause préformulée précise, contenu dans un texte court, confère à celle-ci le même statut qu'une clause figurant dans le contrat principal. Le second affirme que la clause avait été écrite en caractères gras et donc ne pouvait pas induire en erreur. On retrouve ici le raisonnement, appliqué en matière de prorogation de for, qui consiste à immuniser une clause préformulée mise en évidence par son aspect graphique. Ainsi apparaît clairement (même si, rappelons-le, l'arrêt dont il est question n'a pas été publié au recueil officiel) la parenté – aussi bien quant au résultat²⁸⁸ que s'agissant du raisonnement qui permet d'y parvenir – entre l'art. 8 LCD et la règle de l'inhabituel. Il est du reste significatif que la seule fois où le TF a admis la nature à provoquer une erreur, l'application de 8 LCD n'était pas pertinente, la clause ayant été supprimée sur la base du principe de l'inhabituel.
- 164 Les sept sous-catégories créées par MATT²⁸⁹ pour définir l'aptitude à induire en erreur sont intéressantes en ce qu'elles tentent une systématisation et donc une précision de cette notion. Mais force est de constater que les notions utilisées, en plus d'être elles-mêmes relativement floues, se recoupent certainement dans une large mesure, pour ne couvrir finalement qu'un spectre relativement restreint. Elles ne permettent pas non plus de sanctionner une clause certes déséquilibrée, mais suffisamment claire.
- 165 Les interprétations tendant à relativiser l'existence même de cette condition – soit en considérant que toute clause défavorable est apte à induire en erreur, soit en admettant une lacune improprement dite permettant une interprétation

²⁸⁷ TF du 05.08.1997, consid. 2 a et b, in : Pra 1/1998, n° 9, p. 53 ss.

²⁸⁸ Du même avis BAUDENBACHER, Ansätze, p. 54.

²⁸⁹ Cf. supra n° 98.

contra legem – ne sont guère convaincantes. En effet, la première de ces propositions se fonde sur une prémisse relevant de l'angélisme pur et simple (les CGA correspondent à ce qui est habituel sur le marché et sont empreintes d'une certaine équité); la seconde fait bien peu de cas de la volonté – surprenante il est vrai, mais non équivoque – du législateur.

- 166 Du reste, il est inutile de s'arrêter ici longuement sur la pertinence de ces arguments; il suffit de constater que le TF a toujours refusé de les faire siens. Enfin, la meilleure preuve de l'inefficacité de l'art. 8 LCD est le faible contentieux dont il a été l'objet.
- 167 On se bornera à noter encore que, pour une partie de la doctrine, l'expérience en affaires du client est pertinente pour juger de l'aptitude à tromper d'une clause²⁹⁰.
- 168 Nous ferons ici encore quelques brèves remarques relatives aux deux autres éléments de l'art. 8 LCD que sont la dérogation notable au régime légal applicable et la dérogation notable à la nature du contrat. Tout d'abord, la notion de régime légal applicable est large, comprenant toutes les normes du droit des obligations ainsi que la jurisprudence qui concerne cette matière. Ensuite, l'appréciation du caractère notable de la dérogation se fait par une pesée d'intérêts, qui est opérée de manière globale, soit en tenant compte des autres clauses contractuelles. A cet égard, la « compensation » d'une clause par une autre est regardée comme admissible s'il existe un lien matériel entre elles; il en va ainsi de l'argument du prix si le client est placé expressément devant un choix entre plusieurs prestations, correspondant chacune à un prix déterminé.

§ 5 *Sanction*

- 169 Vu la faible propension du droit suisse à remettre en cause les clauses préformulées, la question n'a pas fait l'objet d'importants développements. La jurisprudence en la matière est quasiment inexistante. Les auteurs, tenant compte des spécificités inhérentes à l'emploi de CGA, nuancent les principes généraux applicables en cas de nullité partielle d'une convention.
- 170 Ainsi, la nécessité de protéger la partie faible oblige à se montrer particulièrement restrictif quant à la remise en question de l'ensemble de la convention. La doctrine ne donne pas d'exemples dans lesquels cette solution devrait être privilégiée. Les cas devraient être rares, puisque les auteurs admettent déjà, pour les clauses non préformulées, que dans le doute –c'est-à-

²⁹⁰ DESSEMONTET, CR-CO I, art. 1, n° 62. Cf. supra n° 99.

dire quand la volonté hypothétique des parties ne peut pas être déterminée – la convention doit être maintenue. Toutefois, aucun auteur ne semble vouloir exclure totalement la possibilité d'une nullité totale.

- 171 En matière de CGA, il est admis que seule la partie faible peut se prévaloir de la nullité totale, la question étant controversée lorsqu'une clause n'est pas préformulée²⁹¹.
- 172 La nullité partielle modifiée, admise de manière générale – le droit dispositif étant alors en principe déterminant, et pas la volonté hypothétique des parties – est exclue (par une partie de la doctrine du moins) en matière de CGA. En effet, on estime que ce serait là une incitation à utiliser des CGA abusives²⁹².
- 173 La sanction liée à une violation de l'art. 8 LCD pose des difficultés, puisque pour certains auteurs, le client qui se plaindrait d'une violation de cette norme devrait agir en cessation du trouble contre son partenaire contractuel.
- 174 La situation n'est pas très claire s'agissant de la possibilité de réparer le dommage subi par le client suite à l'utilisation de CGA abusives. La question n'est que peu abordée. Les règles sur la *culpa in contrahendo* et l'art. 41 CO seraient des bases légales idoines.

Chapitre 7 : Projets législatifs

§ 1 Généralités

- 175 Une action législative destinée à combler les lacunes du système actuel a été envisagée, et ce par deux biais différents, à savoir une révision de la loi sur l'information des consommatrices et des consommateurs²⁹³ (ci-après LIC) et une révision de la LCA. Dans les deux cas, le CO serait modifié par l'adjonction de règles topiques. Le Conseil fédéral a décidé, en décembre 2005, de renoncer à la modification de la LIC²⁹⁴ ; ce projet est donc mort-né. Toutefois, étant donné que ce dernier s'inspire, en partie du moins, de la dir. 03/13, il est utile d'en dire quelques mots.

²⁹¹ Cf. supra n° 136 ss.

²⁹² Cf. supra n° 136 ss.

²⁹³ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC), RS 944.0.

²⁹⁴ Voir <http://www.konsum.admin.ch/themen/00129/00132/index.html?lang=fr>.

§ 2 *Révision de la LIC*

I. *Genèse*²⁹⁵

- 176 Le Département fédéral de l'économie a mandaté le professeur PASCAL PICHONNAZ pour élaborer un projet de révision de la LIC (texte jusque-là bien peu efficace en raison notamment de l'inaction du Conseil fédéral)²⁹⁶. Il s'agissait de régler, principalement, l'information des consommateurs, la protection de la sécurité et de la santé du consommateur, le règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation, l'aide financière aux organisations de consommateurs, les tâches de la Commission fédérale de la consommation et du Bureau fédéral de la consommation. Il fallait également traiter des questions de procédure et des sanctions pénales. Mis en consultation du 8 avril 2004 au 15 juillet 2004, ce projet a reçu un accueil mitigé, les critiques portant souvent plus sur la méthode que sur le fond.
- 177 Le Conseil fédéral a dès lors chargé le Département fédéral de l'économie de mettre en place deux groupes de travail interdépartementaux, dont l'un chargé de la révision de la LIC. Ce dernier a établi un nouveau projet. Le rapport explicatif y afférent est paru le 14 juillet 2005.
- 178 La procédure de consultation a révélé un véritable fossé entre les milieux économiques, qui refusent tout renforcement de la protection des consommateurs et les milieux de protection des consommateurs, pour qui les modifications proposées n'allaient pas assez loin²⁹⁷. Pour PICHONNAZ, cela dénote une compréhension différente de la notion de consommateur en droit des contrats et surtout, de la manière dont il faut appréhender le déséquilibre structurel existant dans les contrats de consommation²⁹⁸.

II. *Contenu*

1 *Modification de la LIC*

- 179 Le projet prévoit que la LIC elle-même devrait contenir une nouvelle disposition concernant les CGA. En effet, les termes de l'art. 2 pLIC instituent

²⁹⁵ Voir le rapport explicatif du Projet de révision partielle de la LIC (disponible sur le site www.konsum.admin.ch/themen/00129/00132/index.html?lang=fr), p. 13.

²⁹⁶ STAUDER, *Le consommateur enfant-chéri*, p. 150.

²⁹⁷ Voir le résultat des procédures de consultation sur la révision de la LIC (www.konsum.admin.ch/imperia/md/content/informationundschutzderkonsumenten/revisonkig/synthese_consultation_2005_f.pdf), p. 1 à 3.

²⁹⁸ La protection, p. 326.

l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur, « *de manière objective, conforme à la vérité et en des termes aisément compréhensibles* », sur plusieurs points et notamment (let. e) sur le « *contenu essentiel des conditions générales qui devront faire partie intégrante du contrat* ». Le but de cette obligation est de permettre au consommateur de faire un choix entre plusieurs offres, en se fondant sur une comparaison²⁹⁹.

- 180 La sanction d'un défaut d'information au sens de l'art. 2 pLIC entraîne la possibilité d'intenter une action au sens des art. 9 à 11 de la LCD (art. 4 al. 1 pLIC). En outre, le rapport explicatif souligne³⁰⁰ que l'obligation d'informer est complétée par les modifications proposées du CO. Dès lors, on peut se demander si la violation de l'art. 2 let. e pLIC serait susceptible d'entraîner un défaut d'intégration des CGA. Toutefois cela ne nous semble guère possible, puisque l'art. 10c P CO prévoit des conditions propres d'intégration et ne renvoie pas à la LIC.

2 Modifications du CO

2.1 Notion de CGA

- 181 Les modifications proposées s'inspirent en bonne partie des droits communautaire et allemand.
- 182 Les CGA sont définies (art. 10a P CO) comme « *toutes les conditions contractuelles préformulées pour un grand nombre de contrats et imposées unilatéralement par une partie lors de la conclusion du contrat* ». Toutefois « *ne sont pas réputées conditions générales celles négociées individuellement par les parties* » (art. 10 al. 2 P CO).
- 183 Les dispositions sur les CGA s'appliqueraient par analogie aux conditions contractuelles qui seraient imposée par une personne ayant qualité pour rédiger des actes authentiques (art. 10 al. 3 P CO).

2.2 Intégration

- 184 Selon le projet (art. 10c P CO), les CGA ne sont valablement intégrées que si : (1) « *celui qui s'en prévaut y rend l'autre partie attentive* » (let. a), (2) « *l'autre partie peut en prendre connaissance et que cela peut raisonnablement être exigé d'elle* » (let. b) et (3) « *l'autre partie a déclaré y adhérer* » (let. c).

²⁹⁹ Voir le rapport explicatif du Projet de révision partielle de la LIC (disponible sur le site www.konsum.admin.ch/themen/00129/00132/index.html?lang=fr), p. 15.

³⁰⁰ Points 1.1.3.5. et 2.1.

185 De plus, la règle de l'insolite est codifiée³⁰¹, puisque « *les clauses des conditions générales auxquelles l'autre partie au contrat ne devait pas s'attendre selon les principes de la bonne foi ne font pas partie intégrante du contrat* » (art. 10c al. 2 P CO). Selon le Rapport explicatif³⁰², il s'agit « *...seulement [de] veiller à ce que certaines clauses soient réellement approuvées par les parties* ».

186 Enfin, il est précisé que « *si les conditions générales, en totalité ou en partie, ne font pas partie intégrante du contrat, le contrat demeure valable au surplus* ». Le Rapport précise que le contrat doit être considéré comme n'ayant pas été conclu lorsque les clauses manquantes « *forment pour le contractant, de manière manifeste, une partie essentielle du contrat sans laquelle il n'aurait pas accepté de conclure ce dernier* »³⁰³.

2.3 Priorité des conventions individuelles

187 Ce principe est exprimé à l'art. 10d P CO.

2.4 Interprétation

188 L'art. 18a P CO dispose (al. 1) que les CGA sont interprétées selon le langage courant, la partie invoquant un usage de la langue qui s'en écarte devant le prouver.

189 Il prévoit également (al. 2) le principe de l'interprétation *contra stipulatorem*, faisant écho à l'art. 10b P CO, selon lequel « *les clauses des conditions générales doivent être formulées de manière claire et précise* ».

2.5 Contrôle du contenu

190 L'art. 20a P CO institue en son alinéa 2, par une clause générale, un contrôle du contenu lorsque le contrat a été passé entre un fournisseur professionnel et un consommateur :

« *2 Les clauses des conditions générales sont nulles si elles désavantagent le consommateur de manière contraire aux règles de la bonne foi, notamment :*

a. lorsqu'elles dérogent notablement au régime applicable directement ou par analogie, ou

³⁰¹ Rapport explicatif, p. 22.

³⁰² P. 22.

³⁰³ P. 22.

b. *lorsqu'elles prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat ».*

- 191 Le consommateur est défini à l'art. 20a P CO comme une personne physique contractant dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle. Selon le Rapport explicatif, c'est le critère de la prépondérance qui est déterminant ; en cas de doute, l'usage privé doit être retenu³⁰⁴. La limitation de la protection au seul consommateur s'explique, si l'on en croit le Rapport explicatif³⁰⁵, par le fait que « *dans les relations commerciales, [...] on peut partir du principe que ce déséquilibre entre celui qui se prévaut des conditions générales et l'autre partie n'existe pas, ou demeure réduit* ».
- 192 Toutefois, dans certaines circonstances, le consommateur n'est pas protégé, à savoir « *si le fournisseur prouve que le consommateur aurait pu négocier librement les conditions, en raison de ses connaissances spécialisées ou de sa fonction* » (art. 20a al. 3 P CO).
- 193 Il est enfin précisé que les CGA « *négociées de manière paritaire entre des organisations de fournisseurs et de consommateurs sont présumées librement négociées et non abusives* ». Le Conseil fédéral est chargé d'édicter des dispositions à ce sujet (art. 20a al. 4 P CO).
- 194 Selon le Rapport explicatif³⁰⁶, la nullité dont il est question à l'art. 20a al. 2 P CO est cohérente avec les art. 19 et 20 CO. Cela signifie notamment que ces dernières dispositions sont pertinentes s'agissant de déterminer si l'ensemble du contrat doit être considéré comme nul.

§ 3 Révision de la LCA

- 195 Suite aux travaux d'une commission d'experts, le Département fédéral des finances a publié le 31 juillet 2006 un avant-projet pour une révision totale de la LCA. Celui-ci prévoit³⁰⁷ :

« Art. 20a Allgemeine Vertragsbedingungen

1 Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich

³⁰⁴ P. 14.

³⁰⁵ P. 23.

³⁰⁶ P. 24.

³⁰⁷ www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01068/index.html?lang=de.

und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen.

Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist»³⁰⁸.

Chapitre 8 : Synthèse

§ 1 Intégration

- 196 Les lois spéciales abordant la question de l'intégration n'ont qu'une portée matériellement limitée. C'est donc avant tout l'art. 1 CO – tempéré par le principe de la confiance – qui s'applique. Jurisprudence et doctrine en déduisent qu'en principe, un renvoi exprès est nécessaire ; en outre, ce dernier doit être complété par la possibilité de prendre connaissance des CGA, qui dans la règle, consiste en leur remise au client. L'intégration tacite est admise à des conditions strictes, dont certaines sont controversées. Enfin, pour certains auteurs, l'emploi d'expressions juridiques, le simple renvoi à des dispositions légales ou encore l'utilisation d'une langue que le client ne comprendrait pas, font obstacle à l'intégration. L'intégration doit avoir lieu au plus tard au moment de la conclusion du contrat ; à défaut, elle n'est pas valable ; cette règle n'est pourtant pas absolue en matière commerciale.

§ 2 Priorité des accords individuels

- 197 La *priorité des accords individuels* sur les CGA est admise, même si elle ne repose sur aucune base légale expresse. Ce principe est large et s'applique, que la contradiction soit flagrante ou non, qu'elle survienne dès la conclusion du contrat ou postérieurement, et sans égard à la forme que revêt l'accord individuel (bien que la validité de la clause de forme écrite soit discutée).

³⁰⁸ L'Office fédéral des assurances privées nous informe que ce texte n'a pas fait l'objet d'une traduction officielle ; que toutefois, pour la Société Suisse du Droit de la Responsabilité Civile et des assurances, la version française devrait avoir la teneur suivante (Cf. HAVE 2007, p. 304) :

« Les conditions générales contractuelles pré-formulées sont abusives et sans effet lorsqu'elles défavorisent d'une façon excessive le partenaire contractuel de l'utilisateur
2 doit notamment être considérée comme défavorable d'une manière excessive une disposition dérogatoire au détriment du partenaire contractuel, incompatible avec les principes essentiels de la réglementation légale ».

§ 3 *Interprétation*

198 Les CGA s'interprètent selon la réelle et commune intention des parties. Si cette dernière ne peut pas être établie, on a recours au principe de la confiance. La lettre du contrat n'est pas seule déterminante : une analyse systématique du contrat est possible et le but de la clause peut être pris en compte. De plus, c'est en principe le sens ordinaire des termes qui doit être retenu. L'interprétation est individuelle, ce qui signifie que les circonstances du cas d'espèce sont prises en considération. Si les moyens – classiques – précités laissent subsister un doute sur la signification de la clause, cette dernière est interprétée *contra stipulatorem*. Cela signifie que des deux (ou plusieurs) sens possibles, on retient le plus défavorable à l'utilisateur des CGA.

§ 4 *Règle de l'insolite*

199 La *règle de l'insolite* ou de l'inhabituel est une construction jurisprudentielle qui se situe à mi-chemin entre l'intégration et le contrôle du contenu. Elle permet de considérer comme nulles les clauses dont l'utilisateur des CGA savait ou devait savoir que le client qui ne les avait pas lues ne les voulait pas. L'inexpérience du client est une circonstance importante s'agissant d'apprécier le caractère insolite d'une clause. Encore faut-il, pour le TF, que cette inexpérience soit reconnaissable pour l'autre partie ; cela implique que la clause doit être, quant à son contenu, objectivement étrangère à l'affaire. La règle de l'insolite ne s'applique pas aux clauses sur lesquelles l'attention du client a été attirée (en particulier : les clauses écrites en caractères gras). Les arrêts fédéraux traitant de cette question sont relativement peu nombreux ; ceux dans lesquels une clause a été considérée comme insolite se comptent sur les doigts d'une seule main.

§ 5 *Art. 8 LCD*

200 L'art. 8 LCD est destiné à instituer un contrôle du contenu des CGA, puisqu'il sanctionne celles qui : 1) « dérogent notablement au régime applicable directement ou par analogie » ou 2) « prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat ». Encore faut-il, aux termes de la loi, que les CGA soient « de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie ». La doctrine a proposé plusieurs manières d'interpréter extensivement cette dernière condition. Toutefois, elle n'a pas été suivie par la jurisprudence.

§ 6 Moyens tirés d'institutions et principes généraux du droit civil

- 201 Les auteurs ont suggéré d'utiliser divers institutions et principes généraux du droit civil pour instaurer un contrôle du contenu (art. 19 al. 2 CO, 2 al. 2 CC, 21 CO, 71 CO, 27 CC). Toutefois, aucune de ces pistes n'a été exploitée par les tribunaux.

§ 7 Sanction

- 202 La sanction, en cas de clause insolite ou contraire à l'art. 8 LCD, est relativement peu discutée. Cela est dû à la faible importance pratique de cette thématique. De manière générale, en droit des obligations, la nullité partielle est admise largement. Est pourtant discutée la question de savoir comment déterminer la règle modifiée, singulièrement lorsqu'une clause doit être adaptée « à la baisse » (« *geltungserhaltende Reduktion* »). En matière de CGA, ce dernier type de modification est rejeté par une partie de la doctrine, pour qui la sanction n'aurait, sinon, aucun effet dissuasif. Plusieurs incertitudes – essentiellement théoriques il est vrai – sont liées au sort d'une clause contraire à l'art. 8 LCD. Enfin, le dommage causé par l'utilisation d'une clause abusive peut être indemnisé sur la base de la *culpa in contrahendo* ou de l'art. 41 CO.

§ 8 Constats

- 203 Le droit suisse connaît donc des règles, relativement complètes, concernant l'intégration des CGA. De même, la priorité des conventions individuelles est unanimement reconnue, même si elle ne fait l'objet d'aucune règle légale. Les principes régissant l'interprétation des CGA sont également bien établis.
- 204 En revanche, force est de constater qu'il n'existe actuellement en droit suisse aucun mécanisme efficace permettant un *contrôle du contenu*. En effet, la règle de l'insolite est mauvaise conceptuellement ainsi qu'en termes de prévisibilité du droit. Elle ne permet de lutter que contre des déséquilibres particulièrement importants ; enfin, elle est inopérante face aux clauses mises en évidence par l'utilisateur des CGA. La jurisprudence fédérale relative aux clauses de limitation de responsabilité insérées dans des CGA ne laisse pas augurer un renforcement jurisprudentiel du contrôle du contenu. En effet, le TF, conscient des problèmes que pose ce type de clauses, refuse de procéder à une véritable pesée d'intérêts, alors même qu'il pourrait, dans ce cadre précis, s'appuyer sur une disposition légale pour ce faire. Quant à l'art. 8 LCD, il est

en pratique dépourvu de toute portée, puisqu'il n'appréhende que les clauses aptes à induire en erreur. Les nombreuses tentatives d'interpréter largement cette dernière notion n'ont pas convaincu les tribunaux. Enfin, la jurisprudence ne s'est pas laissée convaincre par l'idée de procéder au contrôle du contenu sur la base de principes généraux du droit civil.

PARTIE 3 : DROIT COMMUNAUTAIRE

Chapitre 1 : Introduction

205 Après avoir dit quelques mots du droit privé communautaire (chapitre 2), nous traiterons de la directive 93/13 (chapitre 3). Nous examinerons les champs d'application personnel (§ 1) et matériel (§ 2) de cette dernière. Nous verrons que le principal instrument mis en place par celle-ci est un contrôle du contenu (§ 3), institué au moyen d'une clause générale et d'une liste de clauses, certains principes du droit privé communautaire permettant (selon la doctrine) de guider le juge, étant entendu que la nature des biens et services en cause et d'autres circonstances doivent être prises en considération ; nous étudierons également la jurisprudence de la CJCE en matière de contrôle du contenu. Nous parlerons encore de l'obligation dite de « transparence » (§ 4), et nous préoccuperons des conséquences du caractère abusif d'une clause (§ 5). Enfin, nous dirons quelques mots des incidences de la directive 93/13 en termes de droit international privé (§ 6) et de procédure (§ 7). Dans cette partie, il est fait surtout référence à des auteurs allemands. Car ce sont eux principalement qui analysent en profondeur la directive 93/13. Cela est probablement dû au fait que la loi allemande de 1976 a inspiré assez largement le législateur communautaire.

Chapitre 2 : Droit privé communautaire

§ 1 Notion

206 Le droit communautaire constitue le premier des trois piliers du droit de l'Union européenne, les deux autres étant respectivement la politique étrangère et de sécurité commune (deuxième pilier) et la coopération judiciaire et policière en matière pénale (troisième pilier). Il est composé de droit primaire, soit celui découlant directement des traités et du droit secondaire (ou dérivé), lequel est édicté par les organes de la Communauté.

207 L'objectif principal du droit communautaire est l'instauration d'un marché intérieur (« *Binnenmarkt* »). Cela suppose d'une part l'instauration des libertés dites fondamentales, soit la libre circulation des personnes, biens, capitaux et services et d'autre part des règles de concurrence non faussées.

208 En dépit de l'interprétation extensive, par la CJCE, des dispositions du traité relatives aux libertés fondamentales, il s'est avéré que les divergences entre les législations de droit privé des États membres empêchaient la réalisation du marché intérieur. La Communauté a donc commencé, dans le milieu des années 80 du siècle passé, à harmoniser ces législations. MÜLLER-GRAFF, un des premiers à avoir pris la mesure de ce phénomène, a défini la notion de droit privé communautaire de la manière suivante : « *Gemeinschaftsprivatrecht bezeichnet die kraft Gemeinschaftsrechts in allen oder für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Privatrechtsregeln. Diese können in Normen unterschiedlicher Rechtsnatur enthalten sein, insbesondere in Vorschriften des Primärrechts, in Verordnungen oder Richtlinien [...]*³⁰⁹ ».

§ 2 Principales sources

209 S'il traite aussi de problèmes spécifiques relevant du droit des sociétés, le droit privé communautaire concerne avant tout deux domaines, soit le droit de la responsabilité civile et le droit des contrats.

210 S'agissant du premier, il faut citer tout d'abord la directive sur la responsabilité des produits défectueux³¹⁰. Sont également à ranger dans cette catégorie la directive sur l'assurance de la responsabilité civile en matière de circulation de véhicules automobiles³¹¹, ainsi que la directive sur les dangers causés par des substances dangereuses³¹².

211 En matière de contrats, nous mentionnerons, en plus de la directive sur les clauses abusives, la directive sur la protection des consommateurs en cas de

³⁰⁹ P. 13. Voir aussi les références citées par PROBST, La jurisprudence de la CJCE, p. 18, note 16.

³¹⁰ Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États Membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JOCE L 210 du 07.08.1985, p. 29-33 : version consolidée : Dir. 1999/34/CE, JOCE L 141 du 04.06.1999, p. 20-21).

³¹¹ Troisième Directive 90/232/CEE du Conseil, du 14 mai 1990 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs (JOCE L 129 du 19.05.1990, p. 33-35).

³¹² Directive 96/82/CE du Conseil, du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (JOCE L 010 du 14.01.1997, p. 13-33 : Dir. 2003/105/CE, JOCE L 345 du 31.12.2003, p. 97-105 ; R no 1882/2003, JOCE L 284 du 31.10.2003, p. 1-53).

contrats négociés en dehors des établissements commerciaux³¹³, la directive sur le crédit à la consommation³¹⁴, la directive sur les voyages à forfait³¹⁵, la directive sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (dite directive sur le « *time-sharing* »)³¹⁶, la directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance³¹⁷, la directive sur l'indication des prix des produits offerts aux consommateurs³¹⁸, la directive sur les actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs³¹⁹, la directive sur les licenciements collectifs³²⁰, la directive sur la vente de biens de consommation³²¹, la directive sur l'égalité de

³¹³ Directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JOCE L 372 du 31.12.1985, p. 31-33).

³¹⁴ Directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (JOCE L 042 du 12.02.1987, p. 48-53 : version consolidée : Dir. 90/88/CEE, JOCE L 61 du 10.03.1990, p. 14-18 ; Dir. 98/7/CE, JOCE L 101 du 01.04.1998, p. 17-23).

³¹⁵ Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JOCE L 158 du 23.06.1990, p. 59-64).

³¹⁶ Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (JOCE L 280 du 29.10.1994, p. 83-87).

³¹⁷ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JOCE L 144 du 04.06.1997, p. 19-27 : version consolidée : Dir. 2002/65/CE, JOCE L 271 du 09.10.2002, p. 16-24).

³¹⁸ Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs (JOCE L 080 du 18.03.1998, p. 27-31).

³¹⁹ Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (JOCE L 166 du 11.06.1998, p. 51-55 : version consolidée : Dir. 1999/44/CE, JOCE L 171 du 07.07.1999, p. 12-16 ; Dir. 2000/31/CE, JOCE L 178 du 17.07.2000, p. 1-16 ; Dir. 2002/65/CE, JOCE L 271 du 09.10.2002, p. 16-24).

³²⁰ Directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JOCE L 225 du 12.08.1998, p. 16-21).

³²¹ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JOCE L 171 du 07.07.1999, p. 12-16).

traitement en matière d'emploi et de travail³²² et la directive sur les droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises³²³.

- 212 Comme leur titre l'indique, la plupart de ces directives – et singulièrement la directive sur les clauses abusives – vise la protection du consommateur. Ce but commun, s'il induit certes des similitudes, ne fait pas de ces directives un ensemble systématique comparable à celui que forme le droit privé des États membres de tradition continentale (*civil law*). Ainsi, s'il est vrai que certaines institutions sont communes à la plupart de ces directives, comme le droit de révocation et le droit à l'information, cette convergence fait parfois défaut. En effet, la notion même de consommateur n'est pas toujours définie de manière identique.
- 213 La Commission européenne envisage, dans un « livre vert »³²⁴, de remédier à ces divergences, en groupant dans une partie générale les principes communs aux différentes directives mentionnées plus haut (approche « horizontale »), ces dernières ne devant plus contenir que des points spécifiques au domaine qu'elles appréhendent (approche « verticale »). Ces changements structurels devraient s'accompagner de modifications de fond visant à une meilleure protection des consommateurs³²⁵.

Chapitre 3 : Directive 93/13

§ 1 *Champ d'application personnel*

I. Généralités

- 214 La directive pose une double délimitation. Ainsi, elle ne protège que le *consommateur* lié contractuellement à un *professionnel* ; elle ne s'applique ni dans les contrats conclus entre consommateurs ni dans ceux conclus entre professionnels (art. 1, par. 1).

³²² Directive 2000/87/CE du Conseil, du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE L 303 du 02.12.2000, p. 16-22).

³²³ Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JOCE L 082 du 22.03.2001, p. 16-20).

³²⁴ Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, du 08.02.2006, Commission (2006) 744 final.

³²⁵ Celles concernant la directive 93/13 seront traitées ci-dessous.

- 215 La classification opérée est binaire : on ne peut être que consommateur ou professionnel, *tertium non datur*. En outre, nul ne peut réunir, relativement à un seul et même contrat, ces deux qualités : la qualification de consommateur exclut celle de professionnel, et vice-versa.
- 216 La qualité de consommateur ou de professionnel n'est pas liée à la personne en tant que telle mais au *rôle* que joue celle-ci sur le marché. Ainsi, une même personne peut, dans certains cas, être un consommateur et dans d'autres, un professionnel.
- 217 Ces deux notions doivent être interprétées de manière autonome. Elles sont définies aux lettres b) et c) de l'article 2 de la Dir. 93/13 :

Ainsi, le consommateur est « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Est un professionnel « 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 ».

- 218 C'est donc le critère de l'« activité professionnelle » (dans la version allemande du texte : « *gewerbliche oder berufliche Tätigkeit* ») qui sert de ligne de démarcation. Le texte légal ne définit pas cette notion ; pas plus, à notre connaissance, que la doctrine francophone.
- 219 WOLF est d'avis que « *gewerbliche Tätigkeit* » désigne l'activité durable, destinée à produire un bénéfice ou du moins à couvrir les coûts, de celui qui offre (au sens large, ce qui comprend également la location) de manière permanente des biens ou services sur le marché³²⁶. Ce caractère de durabilité, respectivement de permanence, est très important : il empêche par exemple que soit qualifié de professionnel le quidam qui revend sa voiture³²⁷. La notion de « *gewerbliche Tätigkeit* » se recoupe largement avec celle de « *berufliche Tätigkeit* », à cela près que cette dernière englobe les professions libérales et peut également être une activité dépendante³²⁸.

II. Consommateur

- 220 La CJCE s'en tient strictement à la protection de personnes physiques. Ainsi, elle a jugé, certes dans un contexte un peu différent, qu'une personne morale

³²⁶ WOLF, art. 2 Dir., n° 13.

³²⁷ REMIEN, AGB-Gesetz, p. 39.

³²⁸ WOLF, art. 2 Dir., n° 9 ; en ce sens également GRAF VON WESTPHALEN, p. 162.

qui achète un distributeur de boissons pour ses employés ne saurait être considérée comme un consommateur³²⁹.

- 221 A une personne physique est assimilée une communauté de personnes physiques qui ne constitue pas une personne morale. Ainsi en va-t-il par exemple d'une société simple, d'une communauté héréditaire ou des membres d'une PPE³³⁰.
- 222 Pour savoir si une personne agit « à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle », il faut examiner toutes les circonstances objectivement reconnaissables qui accompagnent la conclusion du contrat³³¹. Une modification subséquente du but du contrat ne joue aucun rôle, sous réserve de l'abus de droit que pourrait commettre par exemple celui qui, utilisant un bien à des fins professionnelles, entendrait se prévaloir de la protection du consommateur qu'il était (censé être) originairement³³². Se pose la question s'agissant de contrats qui précèdent le début d'une activité professionnelle, mais sont destinés à celle-ci. Etant donné que, dans un tel cas, l'expérience qu'on peut attendre d'un professionnel fait encore défaut, il faut considérer qu'il n'y a pas activité professionnelle au sens de la disposition en question³³³.
- 223 Un problème particulier se pose lorsque le bien ou service en question est utilisé à des fins aussi bien privées que professionnelles. Les cas typiques concernent les contrats portant sur des ordinateurs ou des véhicules. Pour certains, il faut en un tel cas, dans le doute, admettre un usage professionnel³³⁴. Pour d'autres en revanche, il faut s'efforcer de déterminer quel est l'aspect prépondérant³³⁵.
- 224 La directive pose la présomption irréfragable que tout consommateur se trouve dans une situation de faiblesse lorsqu'il conclut un contrat avec un professionnel ; elle part du principe qu'il y a là typiquement un besoin de protection sociale. N'est donc pas pertinente la question de savoir si cette faiblesse est avérée dans un cas d'espèce ou si, exceptionnellement, tel consommateur aurait été en mesure de comprendre les clauses préformulées et de les négocier à son avantage³³⁶.

³²⁹ CJCE, aff. C-541/99 et C- 542/99, du 22.11.2001, Cape Sne contre Idealservice, Rec. 2001, p. I-9049.

³³⁰ WOLF, art. 2 Dir., n° 5.

³³¹ WOLF, art. 2, Dir., n° 5 ; STAUDER, Schwerpunkte, p. 18.

³³² WOLF, art. 2 Dir., n° 5.

³³³ WOLF, art. 2 Dir., n° 7.

³³⁴ WOLF, art. 2 Dir., n° 8.

³³⁵ HEINRICHS, Umsetzung, p. 159.

³³⁶ STAUDER, Schwerpunkte, p. 19.

III. Professionnel

- 225 Peut être un professionnel au sens de la directive aussi bien une personne physique que morale. Les personnes morales du droit public sont également visées. Peu importe donc la forme juridique par laquelle l'activité est exploitée³³⁷.
- 226 S'agissant d'action « dans le cadre » de l'activité professionnelle, il faut un rapport matériel, objectivement reconnaissable, entre l'objet du contrat et l'activité en question. C'est en effet l'expérience dans un domaine considéré qui est déterminante et non l'expérience générale dans la vie des affaires³³⁸. Il n'y a pas besoin d'un rapport immédiat avec l'activité (exemple : achat d'une caisse pour un magasin)³³⁹. La question peut être délicate lorsqu'une personne physique exploite une activité commerciale. Certains se montrent larges à cet égard, estimant que seules les activités purement privées (vacances, loisirs, sport) ne doivent pas entrer dans le cadre de l'activité professionnelle³⁴⁰.
- 227 L'activité dépendante ne fait perdre la protection de la directive qu'en ce qui concerne le contrat de travail lui-même; en revanche, le travailleur qui, par exemple, acquiert en son propre nom (et pour son propre compte)³⁴¹ des habits destinés à son activité professionnelle est un consommateur³⁴². HEINRICHS pense que le considérant 10 opère une distinction entre travailleur et consommateur et que par conséquent, celui-là ne doit pas bénéficier de la protection de la directive³⁴³.

IV. Modifications envisagées

- 228 Le livre vert propose deux options s'agissant de la définition des notions de consommateur et de professionnel³⁴⁴. La première ne ferait qu'unifier la question et n'engendrerait pas de modification dans le domaine des clauses abusives. Aux termes de la seconde, « *les notions de consommateur et de professionnel seraient élargies pour englober les personnes physiques*

³³⁷ MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.15.

³³⁸ WOLF, art. 2 Dir., n° 14. ; GRAF VON WESTPHALEN, p. 161.

³³⁹ VAN GOOL, p. 117.

³⁴⁰ GRAF VON WESTPHALEN, p. 162 ; VAN GOOL, p. 117.

³⁴¹ Elude la directive l'employeur qui « se sert » du travailleur en ce sens qu'il fait par exemple acheter à celui-ci des biens qui en réalité sont destinés à son usage, en espérant ainsi pouvoir bénéficier de la protection du consommateur (WOLF, art. 2 Dir., n° 14).

³⁴² WOLF, art. 2 Dir., n° 16 ; VAN GOOL, p. 118.

³⁴³ Umsetzung, p. 159 ; dans ce sens aussi VAN GOOL, p. 112 s.

³⁴⁴ JOCE C 61/10 du 15.03 2007, annexe, point 4.1.

agissant à des fins qui, pour l'essentiel, n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle (consommateurs) ou qui, pour l'essentiel, entrent dans le cadre de leur activité professionnelle ».

- 229 En outre, la Commission européenne propose que l'on qualifie de contrats de consommation « *les cas où l'une des parties agit par l'entremise d'un intermédiaire professionnel* »³⁴⁵.

§ 2 Champ d'application matériel

I. Types de contrats

- 230 Les articles 1 à 3 ne parlent que de « contrats ». Le considérant 10 évoque « *tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur* ». L'art. 4 suggère que les contrats visés par la directive ont pour objet des « biens ou services », tout comme les considérants 2, 5, 6, 7, 9 et 18. Les notions de biens et services sont à définir de manière autonome ; elles doivent être interprétées largement.
- 231 Ainsi, un bien est tout objet corporel ou non corporel qui peut faire l'objet d'une transaction³⁴⁶. La directive s'applique aussi à la location et à l'usage de choses³⁴⁷. Y sont donc soumis notamment les contrats de bail. Seule est controversée la question de savoir si les contrats portant sur des immeubles sont également appréhendés. WOLF l'admet sans plus d'explications³⁴⁸. KAPPUS estime que tel n'est pas le cas³⁴⁹. Il se fonde sur l'absence de compétence de la Communauté pour légiférer en la matière : un immeuble n'est pas une marchandise au sens de l'art. 14 TCE. Pour VAN GOOL, l'absence d'exclusion expresse de contrats relatifs à des immeubles laisse à penser que ceux-ci tombent sous le coup de la directive³⁵⁰. Cet auteur rappelle en outre que la Communauté vise, en plus de la réalisation du marché intérieur, un niveau de protection élevé des consommateurs dans les États membres³⁵¹. La notion de « services » est à interpréter dans le sens de l'art. 50 TCE, soit « *les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ». En principe, et

³⁴⁵ Livre vert, JOCE C 61/10 du 15.03.2007, annexe, point 4.2.

³⁴⁶ HEINRICHS, Umsetzung, p. 159.

³⁴⁷ HEINRICHS, Umsetzung, p. 159 ; VAN GOOL, p. 147.

³⁴⁸ Art. 1 Dir., n° 29.

³⁴⁹ P. 1848.

³⁵⁰ P. 148.

³⁵¹ P. 148.

sous réserve de ce qui vient d'être dit concernant les immeubles, toute prestation peut donc faire l'objet d'un contrat au sens de la directive³⁵².

II. Absence de négociation individuelle

232 Aux termes de l'art. 3 Dir. 93/13, seule peut être qualifiée d'abusive « *une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* ». Initialement, cette restriction n'était pas prévue et toute clause entrainait dans le champ d'application de la directive³⁵³, ce qui correspondait à la conception française³⁵⁴. Une telle solution a été vertement critiquée en Allemagne³⁵⁵ au motif qu'elle faisait trop peu de cas de la liberté contractuelle : le droit allemand n'offrait traditionnellement de protection que contre les conditions générales d'affaires. Celles-ci se caractérisent par la préformulation (« *Vorvormulierung* ») du contrat par une des parties (« *stellen* ») et l'utilisation répétée de celui-ci (« *vielfältige Verwendung* »)³⁵⁶. Le Comité économique et social recommandait de faire la distinction entre les clauses standardisées et les clauses négociées, qui devaient être soumises à des critères de contrôle différents : dans l'appréciation du caractère abusif de clauses négociées, les circonstances entourant la conclusion du contrat devaient être prises en compte³⁵⁷. Dans sa proposition de modification, la Commission s'est ralliée à cette distinction, tout en semblant ne vouloir admettre le contrôle des clauses négociées que dans des situations particulières, des critères précis devant être fixés à cet égard³⁵⁸. Le texte définitif exclut totalement le contrôle des clauses négociées. L'exigence d'absence de négociation individuelle constitue donc une forme de compromis³⁵⁹.

233 Il faut noter toutefois que la notion de conditions générales d'affaires n'est pas totalement étrangère à la directive puisque l'art. 7 par. 2 évoque « *des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée* »; de plus, il est admis que l'expression « *contrats d'adhésion* » parfois employée par la

³⁵² STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 19.

³⁵³ Premier projet de directive de la Commission, du 24 juillet 1990, JOCE 1990, C 243, p. 2 ss.

³⁵⁴ Cf. infra n° 437.

³⁵⁵ VAN GOOL, p. 151 et les réf. citées.

³⁵⁶ Cf. infra n° 576 ss.

³⁵⁷ Prise de position du Conseil économique et social du 24 avril 1991, JOCE 1991, C 159, p. 36.

³⁵⁸ VAN GOOL, p. 153 s.

³⁵⁹ ULMER, *Zur Anpassung*, p. 343, DAMM, p. 163.

directive, est synonyme de CGA³⁶⁰. S'y oppose celle, utilisée parfois en doctrine, de « clauses individuelles » (« *Individualklauseln* »), lesquelles ne sont utilisées que dans un seul contrat³⁶¹ ; cette dernière notion est à distinguer de celle de « contrat individuel », soit celui qui est négocié entièrement par les parties.

234 VAN GOOL exprime bien la *ratio legis* de la négociation individuelle: « *Sofern die Vertragsparteien ihre Interessen bei den Vertragsverhandlungen selbstverständlich durchsetzen konnten, ist das Verhandlungsergebnis durch die Teilnahme am Markt gerechtfertigt* »³⁶².

235 Est déterminante la possibilité d'avoir une influence sur le contenu du contrat ; le consommateur doit être en mesure d'imposer réellement et de manière appropriée ses intérêts et doit pouvoir reconnaître qu'il a cette faculté³⁶³. Peu importe en revanche qu'il en fasse réellement usage³⁶⁴. Mais une possibilité purement théorique ne suffit pas. Il est nécessaire que le professionnel soit disposé à modifier les clauses, voire à les supprimer³⁶⁵. Il est vrai que cela pourra poser parfois des problèmes de preuves. A cet égard, la modification du texte d'une clause peut être un indice de négociation³⁶⁶. Pour certains auteurs, est déterminante l'absence objective de négociation, peu importe sa cause : le professionnel ne voulait pas négocier, la situation au moment de la conclusion était telle qu'il n'était tout simplement pas possible de le faire ou encore le consommateur n'a pas eu l'idée de négocier³⁶⁷. Cette conception « objective » a notamment pour conséquence que le consommateur se met lui-même en danger s'il se laisse convaincre de négocier car il perd *ipso facto* la protection accordée par la directive³⁶⁸.

236 L'art. 3 par. 2, al. 2 fournit des précisions quant au caractère individuel de la négociation : « *Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale*

³⁶⁰ ULMER, Zur Anpassung, p. 342; HEINRICH, EG-Richtlinie, p. 1819 ; WOLF, art. 3 Dir., no 17.

³⁶¹ FREY, p. 576 ; HEINRICH, EG-Richtlinie, p. 1818 ; GRAF VON WESTPHALEN, p. 162, VAN GOOL, p. 165 s.

³⁶² P. 155.

³⁶³ WOLF, art. 3 Dir., n° 21.

³⁶⁴ WOLF, art. 3 Dir., n° 21 ; contra : VAN GOOL (p. 157) qui exige une négociation « active », sans toutefois préciser ce qu'il entend par là.

³⁶⁵ VAN GOOL, p. 156 ; pour HEINRICH, il ne suffit pas que le professionnel soit disposé à négocier (Umsetzung, p. 155).

³⁶⁶ VAN GOOL, p. 156.

³⁶⁷ HOMMELHOFF/WIEDENMANN, p. 566.

³⁶⁸ HOMMELHOFF/WIEDENMANN, p. 567.

permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion ». Cette disposition est importante. En effet, la négociation d'une seule clause, même secondaire pour le consommateur, aurait pu, à défaut d'une telle précision, priver totalement ce dernier de la protection qu'offre la directive.

- 237 La préformulation fait présumer l'absence de négociation, à condition que celle-ci soit la cause de l'impossibilité, pour le consommateur, d'influencer le contenu de la clause. La directive l'exprime clairement en son art. 3, par. 2, al. 1 : « *Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a de ce fait pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cas d'un contrat d'adhésion* ». WOLF note que les critères habituels de la causalité naturelle et adéquate ne sont pas opérants ici. Il définit la causalité de la manière suivante : « *Kausalität ist gegeben, wenn die Vorformulierung bei wertender Betrachtung die wesentliche Ursache für den unveränderten Eingang der Klausel in den Vertrag ist* »³⁶⁹. La préformulation a un sens différent selon qu'elle se rapporte à un contrat d'adhésion ou à un contrat individuel (raison pour laquelle cette première catégorie fait l'objet d'une mention particulière). Dans le premier cas, elle constitue clairement un indice du pouvoir d'une partie d'imposer des clauses ; la seule adoption, sans modification, d'une clause standardisée suffit dès lors à prouver la causalité. Dans le cadre d'un contrat individuel, elle peut en revanche ne servir qu'à établir un projet, une base de discussion ; le consommateur n'est donc pas mis, dans un tel cas, au bénéfice d'une présomption et ce sont les règles ordinaires sur la répartition du fardeau de la preuve qui s'appliquent³⁷⁰. La présomption liée à la préformulation peut être renversée, ainsi que le prévoit l'art. 3, par. 2, al. 2. Cela vaut tant pour les contrats individuels que pour les contrats d'adhésion. S'il entend établir qu'une clause standardisée a été négociée, le professionnel peut utiliser les moyens de preuve habituels. On ne saurait toutefois admettre à cette fin une clause préformulée qui stipulerait que toutes les clauses du contrat ont été négociées³⁷¹.
- 238 La préformulation n'est pas la seule circonstance permettant d'admettre l'absence de négociation individuelle. Cela ressort aussi bien d'une interprétation littérale (si la préformulation était seule déterminante, l'art. 3 par. 2, al. 1 disposerait qu'une clause est « seulement » considérée comme non négociée individuellement lorsqu'elle a été rédigée préalablement, au lieu de « toujours ») que téléologique (c'est un niveau de protection du consommateur aussi élevé que possible qui est recherché)³⁷². Ainsi, l'inexpérience,

³⁶⁹ Art. 3 Dir., n° 23.

³⁷⁰ WOLF, art. 3 Dir., n° 23 et 30; VAN GOOL, p. 158.

³⁷¹ VAN GOOL, p. 158.

³⁷² WOLF, art. 3 Dir., n° 24; STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 19. Contra : ECKERT, p. 1073.

qu'elle soit générale ou due à la méconnaissance d'un domaine particulier, la position de force d'un professionnel sur le marché (qui, de fait, empêche le consommateur de rechercher un autre partenaire contractuel) ou tout simplement le manque de temps³⁷³ peuvent être à l'origine de l'impossibilité de mener une négociation individuelle. Toutefois, ces circonstances ne sont que des exemples, et elles n'ont pas à être prouvées : seule compte l'impossibilité de modifier le contrat³⁷⁴, qui doit être déterminée sur la base de l'examen de toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat³⁷⁵.

239 Il faut admettre que les clauses d'un contrat peuvent être contrôlées également lorsqu'un tiers a rédigé celui-ci (avocat, notaire, courtier, etc.) à la demande du professionnel³⁷⁶. Car il est évident que ce sont exclusivement les intérêts de ce dernier qui sont alors pris en compte³⁷⁷ ; aussi la personne qui rédige le contrat doit-elle être considérée comme un « auxiliaire » du professionnel³⁷⁸. Le texte de la directive ne laisse apparaître aucun élément allant à l'encontre de cette interprétation. Une telle restriction du champ d'application matériel n'aurait pas manqué d'être précisée expressément, à la manière du droit allemand des CGA (« stellen »)³⁷⁹. En outre, l'art. 7 par. 2 Dir. évoque « *des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée* » sans préciser qui doit en être l'auteur³⁸⁰. De plus, comme le relève HEINRICHS, le considérant 4 dispose que les États membres prennent les mesures nécessaires pour éviter que les contrats avec les consommateurs ne contiennent des clauses abusives ; il serait dès lors pour le moins étonnant que de telles clauses soient admissibles au motif qu'elles ont été rédigées par un tiers³⁸¹.

240 Selon la Commission européenne, la possibilité, pour le consommateur, de négocier une clause n'est souvent que théorique. Celle-ci suggère dès lors que toutes clauses puissent faire l'objet d'un contrôle de leur contenu ou, à tout le moins, que les clauses figurant dans la liste annexée puissent être contrôlées même si elles ont été négociées³⁸².

³⁷³ WOLF, art. 3 Dir., n° 26-28.

³⁷⁴ Cf. supra n° 236.

³⁷⁵ WOLF, art. 3 Dir., n° 24 ; VAN GOOL, p. 167.

³⁷⁶ WOLF, art. 3 Dir., n° 22 ; DAMM, p. 166 ; MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.8.

³⁷⁷ HEINRICHS, Umsetzung, p. 158.

³⁷⁸ Dans ce sens HEINRICHS, Umsetzung, p. 157 s. Contra : ULMER (Zur Anpassung, p. 337) qui se fonde sur la lettre du considérant 9, aux termes duquel « les acquéreurs de biens ou de services doivent être protégés contre les abus de puissance économique du vendeur ou du prestataire ».

³⁷⁹ En ce sens, MICKLITZ, Verbandsklage, p. 940.

³⁸⁰ MICKLITZ, Verbandsklage, p. 940.

³⁸¹ Umsetzung, p. 158.

³⁸² Livre vert, JOCE C 61/10 du 15.03.2007, annexe, point 4.4., options 1 et 2.

III. Exclusions

1 *Clauses reflétant des dispositions impératives et des dispositions ou principes des conventions internationales*

- 241 Selon l'art. 1, par. 2 Dir., « *les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont parties, [...] ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive* ».
- 242 Cette restriction s'explique par la volonté de ne contrôler que les clauses abusives dans les contrats et non le droit des États membres³⁸³. Il est admis que la notion de « dispositions législatives » doit être entendue largement : elle comprend également les principes du droit non écrit et ceux dégagés par la jurisprudence.³⁸⁴
- 243 Bien que cela paraisse *a priori* surprenant, se pose la question de savoir si le droit dispositif des États membres est également concerné. En effet, la version allemande du texte ne comprend pas la notion de « *zwingende Rechtsvorschriften* », ce qui correspond aux « dispositions impératives » au sens où l'entend usuellement le droit privé, mais de « *bindende Rechtsvorschriften* ». La doctrine majoritaire répond par l'affirmative³⁸⁵. Elle se fonde sur le texte clair du considérant 13. Ce dernier prévoit que « *l'expression 'dispositions législatives ou réglementaires impératives' figurant à l'article 1^{er} paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu* ». Pour MICKLITZ, les versions française et anglaise du texte s'opposent à une telle interprétation³⁸⁶. Celui-ci estime au surplus qu'il ne faut pas accorder trop d'importance au considérant précité, lequel, même s'il peut servir à l'interprétation, ne fait pas partie intégrante du texte officiel et donc ne lie pas la CJCE³⁸⁷. Ces arguments sont combattus par VAN GOOL, pour qui il faut bien plutôt attribuer un rôle important aux considérants lorsque ceux-ci sont clairs et ne contredisent pas le texte de la directive³⁸⁸. De plus, seule l'interprétation de la doctrine majoritaire permet la pleine réalisation du but

³⁸³ WOLF, art. 1 Dir., n° 33 ; REMIEN, AGB-Gesetz, p. 45 ; NASSALL, Allgemeine Geschäftsbedingungen, n° 16 ss ; VAN GOOL, p. 168.

³⁸⁴ WOLF, art. 1 Dir., n° 34 ; VAN GOOL, p. 169.

³⁸⁵ WOLF, art. 1 Dir., n° 34 ; REMIEN, AGB-Gesetz, p. 45 ; VAN GOOL, p. 169 ss ; RIESENHUBER, n° 613.

³⁸⁶ Verbraucherrecht, p. 502.

³⁸⁷ Verbraucherrecht, p. 503.

³⁸⁸ VAN GOOL, p. 170.

visé par l'art. 1 par. 2. Enfin, le contrôle des normes dispositives ne mène à aucun résultat concret, puisque bien souvent, en cas d'élimination d'une clause abusive, c'est la solution consacrée par le droit dispositif qui est retenue³⁸⁹. Cet auteur se demande toutefois s'il ne serait pas justifié de contrôler le droit dispositif dans certains cas particuliers. Ainsi en irait-il lorsqu'une règle légale est utilisée hors de son contexte, soit dans des situations pour lesquelles elle n'a pas été conçue³⁹⁰. En effet, une telle « dénaturation » peut alors faire perdre à la norme en question le caractère équitable dont elle était revêtue originellement. Dans l'affaire *Cofidis*³⁹¹, la CJCE aurait eu l'occasion de définir la notion de « clause impérative ». Elle a toutefois éludé la question, estimant que la clause qui lui était soumise ne se limitait pas à une reprise du droit d'un Etat membre et était de surcroît ambiguë³⁹².

244 L'absence de contrôle s'étend dans tous les cas aux clauses reflétant des dispositions du droit applicable au contrat. Certains estiment qu'il convient d'étendre cette « immunité » aux clauses reprenant le droit de tous les États membres, sous peine de compromettre l'unité de l'application de la directive³⁹³. D'autres se prononcent contre une telle extension, arguant de l'obligation faite aux États membres par le considérant 14 de veiller à ce que leurs dispositions législatives ne contiennent pas de clauses abusives³⁹⁴. Si la première solution est séduisante en théorie, elle implique des difficultés pratiques considérables : il faudrait alors, systématiquement, confronter une clause contractuelle suspectée d'être abusive, au droit des vingt-sept États membres. Quoi qu'il en soit, cette restriction du champ d'application est considérée par une partie de la doctrine comme incompatible avec l'harmonisation que vise la directive, puisque le contenu des normes dispositives pertinentes peut varier d'un Etat membre à l'autre³⁹⁵.

245 D'après la lettre de l'art. 1 par. 2, la directive dans son intégralité ne s'applique pas aux clauses reflétant les dispositions des États membres. C'est dire que ce n'est pas seulement le contrôle du caractère abusif des clauses qui

³⁸⁹ P. 171.

³⁹⁰ VAN GOOL, p. 171 s.

³⁹¹ CJCE, aff. C-473/00, 21.11.2002, *Cofidis SA contre Jean-Louis Fredout*, Rec. 2002, p. I-10875.

³⁹² Consid. 22.

³⁹³ WOLF, art. 1 Dir., n° 33; MARKWARDT, p. 156.

³⁹⁴ NASSALL, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, n° 18. Dans ce sens, mais sans motivation : VAN GOOL, p. 173 ; RIESENHUBER, n° 613.

³⁹⁵ NASSALL, *Die Anwendung*, p. 691.

est visé, mais que l'exigence de transparence, au sens de l'art. 5³⁹⁶, est également concernée.

- 246 La notion de « convention internationale », englobe tout accord relevant du droit international public ayant un effet contraignant en droit interne³⁹⁷. Sont seules déterminantes les conventions dont tous les États membres sont parties³⁹⁸.

2 *Objet principal du contrat et rapport entre prix et prestation*

2.1 Généralités

- 247 Ces limitations du champ d'application ne sont pas un exemple de clarté. Elles ont été introduites suite à de virulentes critiques de l'Allemagne, qui étaient en substance les suivantes : (1) celui qui conclut un contrat, même non négocié, porte une attention suffisante à l'objet principal du contrat ; dès lors, il n'a pas besoin de protection en la matière. Admettre qu'un juge puisse substituer sur ce point sa propre appréciation à celle du consommateur constituerait une grave atteinte à la liberté contractuelle. En d'autres termes, ce n'est pas au juge de déterminer ce que le consommateur « veut vraiment » ; ce d'autant plus qu'il n'existe aucun critère objectif pour ce faire et (2) la détermination du rapport qualité/prix doit être laissée aux règles du marché ; c'est la libre concurrence qui protège le consommateur, en ce sens que celui-ci peut porter son choix sur une offre qui lui est plus favorable. Le juge ne doit donc pas se prononcer sur cette question. Ces deux réflexions ne sont toutefois valables que si le consommateur est en mesure de s'engager en connaissance de cause, d'où l'exigence dite de « transparence ».
- 248 L'art. 4 par. 2 Dir. dispose : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* »
- 249 Le contenu de cette disposition est repris, en dépit d'un libellé légèrement différent (notamment la mention du « rapport qualité/prix ») par la phrase 1 du considérant 19. La phrase suivante de ce considérant indique que « *l'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix peuvent néanmoins être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'autres clauses* ». Enfin, la

³⁹⁶ Cf. infra n° 332 ss.

³⁹⁷ WOLF, art. 1 Dir., n° 37.

³⁹⁸ TENREIRO, Les clauses abusives, p. 2.

phrase 3 de ce considérant a la teneur suivante : « *il en découle, entre autres, que dans le cas de contrats d'assurance, les clauses qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et l'engagement de l'assureur ne font pas l'objet d'une telle appréciation dès lors que ces limitations sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur* ».

- 250 La Commission européenne se demande, au cas où sa suggestion d'étendre le champ d'application matériel de la directive aux clauses négociées devait être acceptée, s'il faudrait renoncer à ces restrictions³⁹⁹. Elle est d'avis que la législation des États membres manque d'efficacité en la matière, puisqu'elle écrit : « *Généralement, les législations nationales autorisent la partie lésée à annuler le contrat uniquement lorsqu'elle n'a pas vraiment eu d'autre choix que de le conclure et que l'autre partie a profité de la situation pour lui faire payer un prix exorbitant. Ainsi, un consommateur dont la voiture tombe en panne au milieu d'une zone rurale en pleine nuit pourrait accepter de payer un prix disproportionné pour la réparation* »⁴⁰⁰.

2.2 Objet principal

- 251 WOLF estime qu'il s'agit de la désignation des biens et services d'après leur genre, leur qualité et leur quantité. Il affirme que le but du contrat et les autres *essentialia negotii* servent aussi à qualifier d'objet principal. RIESENHUBER définit, en simplifiant, l'objet principal du contrat comme « *das, was der Verbraucher für sein Geld bekommt* », reconnaissant que cette formule n'est applicable ni aux contrats unilatéraux, ni à ceux conclus à titre gratuit⁴⁰¹. L'exception à la restriction (contrôle en cas de manque de transparence) est importante en particulier s'agissant de contrats portant sur des « produits juridiques », soit ceux dont l'objet est déterminé par des règles juridiques (leasing, time-sharing par exemple). Car la désignation de l'objet principal est alors généralement détaillée et relativement compliquée.

2.3 Rapport entre prix et prestation

- 252 Cette notion est plus délicate à définir. Car, comme le remarque RIESENHUBER⁴⁰², il n'y a pas de contrat qui comporte des clauses sur le rapport prix/prestation. Ce sont en général toutes les clauses d'un contrat qui, considérées dans leur ensemble, permettent de déterminer d'une part le prix, d'autre part les prestations et donc le rapport entre les deux. Il faut dès lors considérer avec cet auteur que c'est l'ensemble du contrat qui, sous un aspect

³⁹⁹ Livre vert, JOCE C 61/10 du 15.03.2007, annexe, point 4.6.

⁴⁰⁰ Livre vert, JOCE C 61/10 du 15.03.2007, annexe, point 4.6.

⁴⁰¹ N° 607.

⁴⁰² N° 610 ss.

déterminé, échappe au contrôle du juge. En d'autres termes, cela signifie que, en principe, toutes les clauses peuvent être contrôlées, mais que dans le cadre de ce contrôle, il ne faut pas tenir compte du rapport prix/prestation. Toutefois une telle interprétation du texte de l'art. 4 se concilie mal avec la lettre de la phrase 2 du considérant 19 : puisqu'il n'y a pas de clauses sur le rapport prix/prestation, il ne peut donc pas y avoir d'« autres » clauses, au sens de ce considérant. RIESENHUBER⁴⁰³ donne à cette phrase le sens suivant : si le juge ne saurait se prononcer sur le rapport prix/prestation en tant que tel, il lui est en revanche possible de tenir compte du fait que les parties ont conclu des clauses déterminées eu égard au prix. Ainsi, serait admissible une clause de responsabilité ou de garantie correspondant à un prix plus bas, si cette solution a été préférée à un prix plus élevé en contrepartie d'une responsabilité ou d'une garantie illimitée. Cette position n'est, quant à son résultat, pas bien différente de celle de WOLF. Pour lui, le critère du prix n'est en principe pas pertinent parce que souvent, les conséquences défavorables d'une clause ne se manifestent qu'à des conditions particulières. Il est donc difficile, parce que forcément quelque peu aléatoire, d'établir un lien entre une clause et le prix. En revanche, pour cet auteur, il doit être possible de prendre en compte le prix dans les cas où le rapport entre ce dernier et une clause est manifeste, par exemple « *in Fällen der Tarifwahl oder wenn der Preis von vornherein bestimmte Risiken nicht abdecken kann* »⁴⁰⁴. La contradiction entre l'art. 4 et le considérant 19 est aussi relevée par DAMM, qui se demande si on ne peut pas en déduire que la directive autoriserait, dans certains cas, un contrôle du caractère adéquat du rapport qualité/prix⁴⁰⁵.

2.4 Conséquences d'un manque de transparence

- 253 L'exigence du caractère « clair et compréhensible » (exigence de transparence) des clauses est la même que celle de l'art. 5⁴⁰⁶. Les avis divergent quant aux conséquences, dans le cadre de l'art. 4 par. 2, d'un manque de transparence. Une grande partie de la doctrine est d'avis que la clause en question doit subir un contrôle au sens de l'art. 3⁴⁰⁷. Pour WOLF, il convient au surplus de procéder dans un tel cas à un contrôle de la transparence au sens de l'art. 5⁴⁰⁸. HEINRICHS pense pour sa part que c'est une question d'intégration au contrat (*Einbeziehung*) ; que, par conséquent, une clause non transparente doit purement et simplement être écartée et que le contrat doit être

⁴⁰³ N° 610 ss.

⁴⁰⁴ Art. 4 Dir, n° 20.

⁴⁰⁵ P. 171. L'auteur ne précise pas quels pourraient être ces cas.

⁴⁰⁶ WOLF, art. 4 Dir, n° 22.

⁴⁰⁷ WOLF, art. 4 Dir, n° 21 ; DAMM, p. 170 s. ; BÖRNER, p. 598 ; sur le sort d'une clause reconnue abusive, cf. infra n° 342 ss.

⁴⁰⁸ Art. 4, n° 15.

complété par le juge (*ergänzende Vertragsauslegung*)⁴⁰⁹. C'est pour lui la sanction qui correspond le mieux au but de la directive.

2.5 Autres limitations ?

254 Le considérant 10 indique que les règles de la directive doivent s'appliquer « à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ; que, par conséquent, sont notamment exclus de la présente directive les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs, les contrats relatifs au statut familial ainsi que les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés ». Ces éléments n'ont pas été repris par le texte de la directive. On peut donc se demander s'ils constituent réellement une restriction du champ d'application de la directive. Certains répondent par l'affirmative, jugeant que cela va de soi⁴¹⁰. D'autres, plus prudents, estiment que la question déterminante est celle de savoir si de tels contrats sont conclus entre un consommateur et un professionnel au sens de la directive. Tel n'est généralement pas le cas, bien que cela ne soit pas exclu, notamment en droit des sociétés⁴¹¹.

§ 3 Contrôle du contenu

I. Généralités

255 Le contrôle dit « concret » du caractère abusif des clauses est régi par les art. 3 par. 1 et 3 et 4 par. 1. Ces normes visent les cas dans lesquels un consommateur déterminé a conclu dans un cas d'espèce un contrat avec un professionnel déterminé. Au contrôle concret s'oppose le contrôle dit « abstrait » de l'art. 7. Le paragraphe 2 de cette disposition oblige les États membres à autoriser des personnes ou organisations ayant un intérêt légitime à la protection des consommateurs de saisir les autorités compétentes pour que ces dernières se prononcent sur le caractère abusif de clauses rédigées en vue d'une utilisation généralisée.

256 Aux termes de l'art. 3 par. 1, qui constitue le « cœur » de la directive, « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Le chiffre 3 de ce

⁴⁰⁹ Das Transparenzgebot, p. 175 s.

⁴¹⁰ TROCHU, p. 317.

⁴¹¹ MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.12. En ce sens également REMIEN, AGB-Gesetz, p. 44.

même article dispose que « l'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives ». Selon l'art. 4 par. 1, « [...] 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 et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les clauses du contrat ou d'un autre contrat dont il dépend ».

II. Clause générale

1 Déséquilibre significatif entre les droits et les obligations

1.1 Déséquilibres formel et matériel

- 257 Le déséquilibre est formel lorsque, placées dans la même situation, les deux parties ne disposent pas des mêmes droits ou ne sont pas soumises aux mêmes obligations⁴¹². C'est l'« égalité des armes » dont il est question. Ainsi en irait-il d'une clause prévoyant des délais de résiliation différents pour l'une et l'autre partie. Mais la prise en compte de ce type de déséquilibre ne peut être seule déterminante. Il suffit pour s'en convaincre de penser à une clause pénale d'un montant identique pour les deux parties : celle-ci touchera en principe plus durement le consommateur que le professionnel⁴¹³. Est aussi problématique, bien que formellement irréprochable, une clause excluant toute responsabilité en cas de négligence s'il est à prévoir qu'une faute du professionnel est à même de causer des dommages plus importants qu'une faute du consommateur⁴¹⁴. Le déséquilibre est matériel lorsque les intérêts d'une partie ne sont pas suffisamment pris en compte. S'il est en général aisé de constater un déséquilibre formel, il en va différemment d'un déséquilibre matériel.

1.2 Détermination du déséquilibre

- 258 Une partie des auteurs estime que c'est le droit dispositif des États membres qui doit servir de point de départ. Ainsi, il y a déséquilibre quand la dérogation au droit dispositif est clairement désavantageuse pour le consommateur ou clairement favorable au professionnel⁴¹⁵. Les partisans d'une telle interprétation – qui correspond à la tradition allemande : aussi bien le § 9 AGBG que l'actuel § 307 BGB retiennent ce critère – partent du

⁴¹² STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 26 ; WOLF, art. 3 Dir, n° 5.

⁴¹³ WOLF, art. 3 Dir, n° 5.

⁴¹⁴ WOLF, art. 3 Dir., n° 5.

⁴¹⁵ WOLF, art. 3 Dir., n° 6 ; MARKWARDT, p. 153 ; BASTY, p. 770 s.

principe que la loi veille à un équilibre des intérêts des parties ; que dès lors le droit dispositif est un bon point de repère. Ils voient leur opinion confortée par le considérant 13, lequel affirme que le droit des États membres qui fixe, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs est censé ne pas contenir de clauses abusives⁴¹⁶. STAUDER admet que les contrats innommés peuvent à cet égard poser des problèmes. Car, sous réserve de principes généraux du droit des obligations, c'est la pratique qui détermine le contenu de tels contrats. Or la pratique en la matière se forme au moyen de clauses standardisées. Il ne reste donc plus au juge d'autre possibilité que de fixer des critères de contrôle en agissant *modo legislatoris*⁴¹⁷.

259 RIESENHUBER pense qu'il ne faut pas prendre en considération le droit national dispositif⁴¹⁸. Pour lui, le législateur communautaire, qui connaissait la teneur du droit allemand, aurait repris expressément ce critère si celui-ci lui avait paru pertinent ; en outre, se fonder sur le droit national est contraire au but de la directive, qui est de rapprocher les législations des États membres ; enfin, cet auteur est d'avis qu'il est trop difficile d'estimer quel est l'écart admissible entre une norme de droit dispositif et une clause y dérogeant : « *In einer handhabbaren Formel nach der Art : dispositives Recht minus zehn Prozent, ist das kaum zu leisten, denn dafür sind die erforderlichen Bewertungen zu komplex* »⁴¹⁹.

260 Le désavantage pour le consommateur ne doit pas forcément être de nature pécuniaire⁴²⁰. Il n'est pas nécessairement lié à la position de force du professionnel sur le marché. Ainsi, la CJCE n'accorde pas d'importance au fait que le professionnel se trouve dans une situation de monopole : dans l'arrêt *Freiburger Kommunalbauten*⁴²¹, elle ne prend pas la peine de répondre à cet argument, dont s'étaient prévalu les consommateurs⁴²².

1.3 Caractère significatif du déséquilibre

261 N'importe quel déséquilibre ne suffit pas : pour qu'une clause soit qualifiée d'abusive, le déséquilibre doit être significatif. D'après certains auteurs, qui se livrent à une interprétation grammaticale de la version allemande du texte (*erheblich*), cette condition est réalisée lorsque l'équilibre est rompu parce que

⁴¹⁶ STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 27.

⁴¹⁷ *Schwerpunkte*, p. 27.

⁴¹⁸ N° 637.

⁴¹⁹ N° 637.

⁴²⁰ HOMMELHOFF/WIEDENMANN, p. 569.

⁴²¹ CJCE, aff. 237/02, 01. 04. 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, Rec. 2004, p. 12.

⁴²² Consid. 17.

les désavantages l'emportent clairement⁴²³. Pour d'autres, chaque norme de droit dispositif reflète, de manière plus ou moins forte, le sentiment d'équité ; plus une norme est marquée par ce sentiment, plus il convient de se montrer critique face à une clause qui s'en écarte⁴²⁴.

2 *En dépit de l'exigence de bonne foi*

- 262 Ce critère pose des difficultés d'interprétation. En effet, son contenu n'est pas clairement établi en droit communautaire. Il n'est pas non plus possible de se référer à des traits communs à l'ensemble des États membres, puisque les pays anglo-saxons et nordiques ignorent cette notion. C'est la bonne foi au sens objectif dont il s'agit⁴²⁵. STAUDER estime que, pour satisfaire à cette exigence, les clauses doivent correspondre à ce qu'un consommateur peut attendre d'un partenaire contractuel honnête ; ainsi, le professionnel doit-il prendre en considération les intérêts du consommateur dans la formulation des clauses⁴²⁶. Pour lui, l'exigence de bonne foi n'est que complémentaire : un déséquilibre significatif entre les biens et les obligations fait présumer une violation des règles de la bonne foi, des circonstances particulières permettant de renverser cette présomption⁴²⁷. WOLF estime au contraire qu'il s'agit de l'élément déterminant⁴²⁸. Mais il doute que ce critère, en raison de son caractère abstrait, puisse garantir des solutions concordantes⁴²⁹.
- 263 Dans l'arrêt *Océano*⁴³⁰, la CJCE, se prononçant sur le caractère abusif d'une clause de prorogation de for, a admis aussi bien un déséquilibre significatif qu'une violation de l'exigence de bonne foi. PFEIFFER observe qu'ainsi le rapport entre ces deux critères n'est pas résolu. Toutefois, il en déduit que la seule présence d'un déséquilibre dans le sens d'une « asymétrie » n'est ni une condition suffisante, ni une condition nécessaire pour déclarer une clause abusive⁴³¹.

⁴²³ WOLF, art. 3 Dir., n° 9 ; VAN GOOL, p. 181.

⁴²⁴ STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 28.

⁴²⁵ WOLF, art. 3 Dir., n° 13 ; STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 29.

⁴²⁶ *Schwerpunkte*, p. 29.

⁴²⁷ *Schwerpunkte*, p. 29.

⁴²⁸ Dans ce sens également : PFEIFFER, p. 149 ; NASSALL, *Die Auswirkung*, p. 1647.

⁴²⁹ Art. 3, n° 13.

⁴³⁰ CJCE, aff. C-240 à C-244, 27. 06. 2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. off. 2000, p. I-4941.

⁴³¹ P. 149.

III. Liste annexée

264 La référence de l'art. 3 par. 3 à une liste « *indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives* » pose la question de la valeur juridique de cette liste. Il faut aussi se demander si les États membres ont ou non une obligation de transposer celle-ci. Enfin, nous examinerons le contenu de la liste.

1 *Valeur juridique*

265 Les propositions de directive de 1990 et 1992 prévoyaient une liste « noire », ce qui signifie que toute clause y figurant aurait été considérée automatiquement comme abusive. Toutefois, cette conception a été abandonnée et ce principalement pour deux raisons. D'une part, parce qu'elle n'est pas conciliable avec la volonté de prendre en compte les circonstances de la conclusion du contrat au sens de l'art. 4 ; d'autre part parce que la liste contient des notions parfois peu précises, si bien qu'en définitive, le juge aurait tout de même conservé une marge de manœuvre, puisqu'il aurait été appelé à les interpréter.

266 La doctrine majoritaire estime que la liste a une certaine valeur juridique, en ce sens qu'elle pose une présomption : une clause contractuelle correspondant à une de celles décrites dans l'annexe est réputée être abusive⁴³². Ce n'est qu'exceptionnellement, eu égard à des circonstances particulières au sens de l'art. 4 par. 1⁴³³, que cette présomption peut être renversée. Il s'agit donc d'une liste « grise ». Ainsi comprise, la directive adopte une position médiane : si la liste ne peut être ignorée par le juge, elle ne pose pas non plus de présomption irréfragable comme le ferait une liste « noire ».

267 C'est l'obligation de fidélité au droit communautaire⁴³⁴ qui est à la base de l'obligation de tenir compte de cette liste⁴³⁵. Est aussi avancé un argument qui se rapporte à la jurisprudence de la CJCE en matière de recommandation⁴³⁶. Bien que, aux termes du Traité (art. 189 al. 4), de tels actes n'aient aucune valeur contraignante, les tribunaux des États membres ont l'obligation de les prendre en compte dans l'application du droit communautaire. Comme elle

⁴³² WOLF, art. 3 Dir., n° 32 ; REMIEN, AGB-Gesetz, p. 61 ; VAN GOOL, p. 243.

⁴³³ MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.25.

⁴³⁴ Art. 10 TCE.

⁴³⁵ WOLF, annexe à la Dir., n° 1.

⁴³⁶ CJCE, aff. C-322/88, 13. 12. 1989, Grimaldi, Rec. 1989, p. 4407.

concrétise la clause générale de l'art. 3, la liste constitue davantage qu'une recommandation ; aussi ne saurait-on lui dénier toute valeur juridique⁴³⁷.

- 268 La jurisprudence considère que la liste a valeur d'indice. C'est en tout cas ce qu'on peut déduire de l'arrêt *Océano*⁴³⁸. En effet, pour affirmer le caractère abusif de la clause de prorogation de for qui lui était soumise, la CJCE y a fait référence au ch. 1, let. q de l'annexe. Elle a toutefois également analysé la clause en question à l'aune de la clause générale de l'art. 3, ce qui montre clairement qu'on n'est pas en présence d'une liste « noire ». Cela ressort aussi de l'arrêt *Commission contre Royaume de Suède*⁴³⁹, aux termes duquel « *il est constant qu'une clause qui y [la liste] figure ne doit pas nécessairement être considérée comme abusive et que, inversement, une clause qui n'y figure pas peut néanmoins être déclarée abusive* »⁴⁴⁰.
- 269 La Commission européenne considère que la valeur purement indicative de la liste conduit à des solutions trop divergentes dans les États membres ; elle suggère la mise en place d'une liste grise ou noire ou encore d'une liste grise et d'une liste noire⁴⁴¹.
- 270 Autre est la question de savoir si les États membres, lors de la transposition, sont libres d'instituer une liste « noire ». Certains auteurs l'admettent⁴⁴².

2 *Obligation de transposer ?*

- 271 De la question de la valeur juridique de la liste, il convient de distinguer celle de savoir si les États membres ont l'obligation de la transposer. La lettre de l'art. 3 par. 3 ainsi que celle du considérant 17 (« *la liste des clauses figurant en annexe ne saurait avoir qu'un caractère indicatif*») laissent à penser qu'aucune obligation de transposition n'est faite aux États membres. C'est également l'avis de la doctrine majoritaire⁴⁴³. Pour TENREIRO en revanche, la

⁴³⁷ MICKLITZ, *Verbraucherrecht*, n° 13.25.

⁴³⁸ CJCE, aff. C-240 à C-244, 27. 06. 2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. 2000, p. I-4941.

⁴³⁹ CJCE, aff. C-478/99, 07. 05. 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède*, Rec. 2002, p. I-04147.

⁴⁴⁰ Consid. 20. Formule répétée dans l'arrêt *Freiburger Kommunalbauten* (CJCE, aff. 237/02, 01. 04. 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, Rec. 2004, p. 12), consid. 20.

⁴⁴¹ Livre vert, JOCE C 61/10 du 15.03.2007, annexe, point 4.5.

⁴⁴² STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 31.

⁴⁴³ WOLF, art. 3 Dir., n° 31 ; STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 30 ; REMIEN, *AGB-Gesetz*, p. 60.

liste doit être transposée pour que le public puisse en avoir connaissance⁴⁴⁴. La CJCE a tenu compte de cet argument dans l'arrêt *Commission contre Royaume de Suède*⁴⁴⁵. En effet, si elle admet que « *le plein effet de la directive peut être assuré dans un cadre légal suffisamment précis et clair sans que la liste figurant en annexe à la directive fasse partie intégrante des dispositions transposant la directive* »⁴⁴⁶, elle ajoute que la liste constitue une source d'information et que « *les États membres doivent [...], afin d'atteindre le résultat visé par la directive, choisir une forme et des moyens de transposition offrant une garantie suffisante que le public pourra en prendre connaissance* »⁴⁴⁷. C'est à notre avis cette seconde affirmation qui constitue le principal enseignement de l'arrêt⁴⁴⁸. La Suède, en reprenant la liste dans ses travaux préparatoires – lesquels ont une grande importance dans la tradition juridique des pays nordiques et y sont facilement accessibles – et en assurant l'information du public par d'autres moyens, a satisfait aux obligations en matière de transposition⁴⁴⁹.

3 *Contenu*

272 La liste de l'annexe est composée de deux parties. La première mentionne, sous chiffre 1, dix-sept clauses, désignées par des lettres allant de a) à q) ; la seconde, sous chiffre 2, est composée de quatre points qui précisent la portée des lettres g), j) et l) du chiffre 1. Bien que, formellement, aucune structure ne ressorte de cette liste, il est néanmoins possible d'établir un classement systématique des clauses qui la composent⁴⁵⁰.

3.1 **Naissance de la relation contractuelle et modification unilatérale du contrat**

A. *Engagement unilatéral*

273 Sont visées par la let. c) du ch. 1 les clauses ayant pour objet ou pour effet « *de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté* ».

⁴⁴⁴ Les clauses abusives, p. 3. En ce sens également : TROCHU, p. 318.

⁴⁴⁵ CJCE, aff. C-478/99, 07.05.2002, Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède, Rec. 2002, p. I-04147.

⁴⁴⁶ Consid. 21.

⁴⁴⁷ Consid. 22.

⁴⁴⁸ En ce sens également MICKLITZ, *Verbraucherrecht*, n° 13.26.

⁴⁴⁹ Consid. 23.

⁴⁵⁰ Voir VAN GOOL, p. 246 ss.

- 274 Ce sont typiquement les conditions potestatives que cette clause tend à prévenir⁴⁵¹. L'engagement du professionnel doit être inconditionnel. Il faut assimiler à cette hypothèse celle d'un engagement soumis à une condition dont la réalisation ne dépend pas de la volonté du consommateur⁴⁵². Est discutée la question de savoir si les droits d'option sont visés⁴⁵³.
- 275 Seuls les abus formels sont concernés par cette clause. Cela signifie que si le consommateur dispose également de la faculté de renoncer à son engagement, cette disposition ne s'applique pas⁴⁵⁴.

B. Fiction d'adhésion au contrat

- 276 La let. i) du ch. 1 interdit les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ». Elle a pour but de protéger le consommateur contre des clauses qui lui sont inconnues et que, par conséquent, il ne peut pas avoir voulues. C'est la seule référence claire de la directive à l'intégration au contrat, ce qui fait dire à MICKLITZ qu'il s'agit d'un « *Fremdkörper* »⁴⁵⁵. Au-delà de l'adhésion, cette disposition proscrit également la présomption irréfragable de la prise de connaissance d'une clause, étant donné qu'on pourrait en déduire une acceptation⁴⁵⁶. Ce n'est que la possibilité de prise de connaissance qui est déterminante, pas une prise de connaissance effective⁴⁵⁷. La prise de connaissance doit être possible avant la conclusion du contrat ou lors de celle-ci⁴⁵⁸.

C. Modification unilatérale du contrat

- 277 Aux termes du ch. 1, let. j), est interdite toute clause qui a pour objet ou pour effet « d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat ». Une raison est considérée comme valable quand l'intérêt du professionnel à la modification du contrat dépasse celui du consommateur au maintien de la convention

⁴⁵¹ VAN GOOL, p. 246.

⁴⁵² WOLF, annexe ch. 1 c) Dir., n° 41.

⁴⁵³ WOLF, annexe ch. 1 c) Dir., n° 41 et les réf. citées.

⁴⁵⁴ WOLF, annexe ch. 1 c) Dir., n° 41 ; VAN GOOL, p. 246.

⁴⁵⁵ AGB-Gesetz, p. 531.

⁴⁵⁶ WOLF, annexe ch. 1 i) Dir., n° 122.

⁴⁵⁷ WOLF, annexe ch. 1 i) Dir., n° 123.

⁴⁵⁸ WOLF, annexe ch. 1 i) Dir., n° 123.

initiale⁴⁵⁹. La raison valable en question doit être indiquée expressément dans le contrat ; il ne suffit donc pas de convenir, de manière toute générale, qu'une éventuelle modification du contrat est subordonnée « à l'existence d'une raison valable »⁴⁶⁰. C'est un désavantage matériel qui est visé ici, si bien que l'octroi éventuel au consommateur du même droit ne saurait faire perdre à la clause son caractère abusif⁴⁶¹.

278 Cette disposition est complétée par le ch. 2 let. b). Ces précisions se rapportent aux services financiers d'une part et aux contrats de durée indéterminée d'autre part. Dans le premier cas, sont autorisées des modifications afférentes au taux d'intérêt et à d'autres charges sans aucun préavis en cas de raison valable. Cette dernière ne doit pas nécessairement figurer dans le contrat. Ces modifications ne sont en outre possibles que pour autant que (1) obligation soit faite au professionnel d'en informer le consommateur dans les meilleurs délais et (2) possibilité soit donnée à celui-ci de résilier alors immédiatement le contrat. Cette particularité relative aux services financiers tient compte des modifications qui peuvent survenir sur le marché, dont le professionnel ne saurait être tenu pour responsable⁴⁶². Une modification uniquement pour augmenter le gain du professionnel n'est pas une raison valable au sens de cette disposition⁴⁶³. La modification autorisée dans le cadre de contrats de durée indéterminée a pour but une adaptation aux circonstances⁴⁶⁴. Le professionnel doit se limiter aux modifications strictement nécessaires à cette fin⁴⁶⁵. En revanche, aucune restriction ne s'applique aux modifications que le professionnel entend apporter si, avant que celles-ci ne déploient leurs effets, le consommateur a la possibilité de procéder à une résiliation ordinaire.

279 Le ch. 2 let. c) prévoit en outre que « les points g), j) et l) ne s'appliquent pas aux :

- *transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier que le professionnel ne contrôle pas,*
- *contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats-poste internationaux libellés en devises ».*

⁴⁵⁹ WOLF, annexe ch. 1 i) Dir., n° 133.

⁴⁶⁰ WOLF, annexe ch. 1 i) Dir., n° 133.

⁴⁶¹ VAN GOOL, p. 248.

⁴⁶² WOLF, annexe ch. 2 b) Dir., n° 253 ; VAN GOOL, p. 249.

⁴⁶³ WOLF, annexe ch. 2 b) Dir., n° 253.

⁴⁶⁴ WOLF, annexe ch. 2 b) Dir., n° 257 ; VAN GOOL, p. 250.

⁴⁶⁵ WOLF, annexe ch. 2 b) Dir., n° 257.

280 Le but poursuivi ici est la possibilité de s'adapter rapidement aux changements survenant sur le marché. Par « marché financier », il faut comprendre toutes les transactions en relation avec de l'argent et des transactions financières⁴⁶⁶. Les « valeurs mobilières » sont les titres et les droits qui sont négociés sur un marché financier et peuvent en principe être acquis par quiconque. Ces deux conditions ne sont pas nécessaires s'agissant des instruments financiers. Ce qui est déterminant est que le prix dépende d'un cours et non de la volonté du professionnel⁴⁶⁷.

D. Modification unilatérale de l'objet du contrat

281 Le ch. 1, let. k) de l'annexe vise les clauses qui ont pour objet ou pour effet « d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir ». La *ratio legis* est la même que celle de la let. j). WOLF pense que la distinction faite entre ces deux dispositions est artificielle, puisqu'une modification de l'objet du contrat constitue toujours également une modification du contrat au sens de la let. j)⁴⁶⁸. Pour qu'une raison valable soit admise, la nécessité de modifier les caractéristiques du produit doit dépasser l'intérêt du consommateur au maintien du contrat originel⁴⁶⁹. On ignore pourquoi le législateur communautaire a renoncé ici – contrairement à ce qu'il a fait pour la let. j) – à exiger la mention de la raison valable⁴⁷⁰.

E. Fixation unilatérale du prix

282 La let. l) du ch. 1 concerne les clauses ayant pour objet ou pour effet « de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix, sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat ».

283 Cette disposition prend en considération l'importance du prix sur le choix du consommateur : celui-ci ne saurait donc ni être fixé seulement au moment de la livraison, ni être augmenté exagérément. La let. l) ch. 1 ne réglemente pas la concrétisation d'un prix laissé ouvert au moment de la conclusion du

⁴⁶⁶ WOLF, annexe ch. 2 c) Dir., n° 272.

⁴⁶⁷ WOLF, annexe ch. 2 c) Dir., n° 272.

⁴⁶⁸ WOLF, annexe ch. 1 k) Dir., n° 141.

⁴⁶⁹ WOLF, annexe ch. 1 k) Dir., n° 141.

⁴⁷⁰ VAN GOOL, p. 252.

contrat⁴⁷¹. Sont des « biens » au sens de celle-ci des choses mobilières y compris des droits incorporés dans des titres. La seule mise à disposition d'une chose n'est pas appréhendée ici. Pour savoir si une augmentation de prix est trop importante, il faut se demander si un consommateur moyen aurait conclu un autre contrat aux conditions ordinaires du marché⁴⁷². En règle générale, il faut partir du principe que seule une faible hausse est admissible⁴⁷³. En dépit du texte de cette disposition, la doctrine soumet la condition de la hausse de prix à la réalisation d'une raison valable. En effet, à défaut, le professionnel pourrait abuser de son droit de rehausser le prix : il lui suffirait de procéder à une hausse arbitraire du prix pour amener le consommateur à résilier le contrat⁴⁷⁴.

284 Il faut encore mentionner que le ch. 2 let. d) de l'annexe autorise « *les clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit* » et que le ch. 2 let c) concerne aussi la fixation du prix.

F. Droit de déterminer la conformité au contrat et d'interpréter celui-ci

285 Sont appréhendées par le ch. 1 let. m) les clauses qui ont pour objet ou pour effet : « *d'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat* ».

286 Le professionnel qui pourrait déterminer seul la conformité de sa prestation à la convention ou le sens de celle-ci serait « à la fois juge et partie ». C'est ce que veut éviter cette disposition.

287 Celle-ci ne fait en revanche pas obstacle à la conclusion d'un contrat d'interprétation, puisque dans un tel cas, l'interprétation ne revient pas exclusivement au professionnel ; mais les exigences de l'art. 3 par. 1 doivent être respectées. La faculté d'interpréter unilatéralement le contrat violerait en outre la règle d'interprétation de l'art. 5 par. 2⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ WOLF, annexe ch. 1 l) Dir., n° 154, VAN GOOL, p. 252 s.

⁴⁷² WOLF, annexe ch. 1 l) Dir., n° 158.

⁴⁷³ VAN GOOL, p. 253.

⁴⁷⁴ VAN GOOL, p. 254.

⁴⁷⁵ VAN GOOL, p. 256.

3.2 Limites à la restriction des droits du consommateur

288 Sont ici envisagées les dispositions de la liste qui restreignent les droits du consommateur – ou renforcent ceux du professionnel – dans certaines hypothèses, singulièrement en cas d'inexécution (ou de mauvaise exécution) du contrat par l'une ou l'autre des parties.

A. *Limitation des droits du consommateur en cas de mauvaise exécution de la part du professionnel*

289 Le ch. 1, let. b) traite des clauses ayant pour effet ou pour objet « *d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui* ».

290 En prenant comme référence les « droits légaux », le législateur communautaire procède ici à un renvoi au droit des États membres. Ce sont en principe toutes les violations contractuelles qui sont visées (y compris celles relatives au retard dans l'exécution), mais seulement les violations contractuelles, ce qui exclut par exemple la *culpa in contrahendo*⁴⁷⁶. La notion de « limitation inappropriée » doit être interprétée en rapport avec l'exigence de bonne foi au sens de l'art. 3 par. 1⁴⁷⁷.

B. *Indemnité d'un montant disproportionnellement élevé*

291 Le ch. 1, let. e) sanctionne les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé* ». C'est un désavantage matériel du consommateur qui est en cause. Une clause qui mettrait un montant trop élevé à la charge du professionnel aussi bien que du consommateur serait donc également abusive⁴⁷⁸. La non exécution des obligations doit être entendue au sens large⁴⁷⁹. Le montant est disproportionnellement élevé lorsqu'il dépasse le dommage prévisible dû à la non exécution ou, s'agissant d'une clause pénale, lorsqu'un même effet dissuasif pourrait être atteint au moyen d'un montant plus faible⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ WOLF, annexe ch. 1 b) Dir., n° 24.

⁴⁷⁷ WOLF, annexe ch. 1 b) Dir., n° 24 ; VAN GOOL, p. 257.

⁴⁷⁸ WOLF, annexe, ch. 1 e) Dir., n° 71 ; VAN GOOL, p. 261.

⁴⁷⁹ WOLF, annexe, ch. 1 e) Dir., n° 72.

⁴⁸⁰ WOLF, annexe, ch. 1 e) Dir., n° 74 ; VAN GOOL, p. 261.

C. Obligation unilatérale d'exécuter ses prestations

- 292 Le ch. 1, let. o) évoque les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *d'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécuterait pas les siennes* ».
- 293 La directive veut ici garantir la « symétrie » entre les obligations des parties : si le professionnel ne fournit pas ses prestations, il doit être loisible au consommateur de ne pas fournir les siennes. C'est notamment l'exception d'inexécution dont on a voulu ici éviter l'exclusion contractuelle⁴⁸¹. A la non exécution des prestations, il faut assimiler les cas d'exécution non conforme⁴⁸².

D. Mort d'un consommateur ou dommage corporel

- 294 Le ch. 1, let. a) concerne les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel* ».
- 295 Le législateur communautaire, en prévoyant la « responsabilité légale » comme critère déterminant, procède à un renvoi au droit national. Est visé tout préjudice dont la cause est la mort ou des lésions corporelles du consommateur, y compris le tort moral⁴⁸³. Le professionnel ne peut limiter sa responsabilité ni quant aux postes du dommage, ni quant à un montant maximal. Cette disposition est déconnectée de l'exigence d'une faute du professionnel. Ce dernier ne saurait donc exclure ou limiter sa responsabilité même pour les cas de faute légère⁴⁸⁴.

E. Restriction du pouvoir de représentation

- 296 Le ch. 1, lit. n) interdit les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une forme particulière* ». Le professionnel ne doit donc pas pouvoir remettre en cause les engagements pris par ses mandataires.

⁴⁸¹ VAN GOOL, p. 258.

⁴⁸² WOLF, annexe ch. 1 o) Dir., n° 192.

⁴⁸³ VAN GOOL, p. 258.

⁴⁸⁴ WOLF, annexe ch. 1 a) Dir., n° 12 ; VAN GOOL, p. 259 et la réf. citée.

3.3 Clauses concernant la fin du contrat

A. Frais en cas de renonciation au contrat

297 Le ch. 1, let. d) veut éviter les clauses qui ont pour objet ou pour effet « de permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce ». Cette norme veut typiquement garantir l'égalité formelle. Une clause prévoyant le droit du consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent ne tombera donc pas sous le coup de cette disposition. Mais elle devra encore être examinée à l'aune de l'art. 3 par. 1⁴⁸⁵.

B. Avantages unilatéraux en cas de résiliation

298 Le ch. 1, let. f) concerne les clauses qui ont pour objet ou pour effet « d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat ». Cette norme vise deux cas de figure distincts : la résiliation de façon discrétionnaire et la rétention de sommes pour des prestations non encore réalisées. La résiliation est faite de manière discrétionnaire lorsque le professionnel peut résilier sans donner de motifs justificatifs ou quand le droit de résilier n'est pas lié à des conditions particulières⁴⁸⁶. Si la résiliation est liée à des conditions particulières, le ch. 1, let. f) ne s'applique pas, mais la clause doit encore être examinée selon les critères généraux de l'art. 3 par. 1⁴⁸⁷. Il en va de même d'une clause qui prévoirait un droit de résiliation discrétionnaire pour les deux parties⁴⁸⁸. La seconde hypothèse appréhendée ici veut empêcher que le professionnel ne puisse tirer un avantage indu de la résiliation du contrat en conservant une somme relative à des prestations qu'il n'a pas fournies. L'interdiction vaut également lorsqu'un droit de résilier a été prévu en faveur du consommateur⁴⁸⁹. Elle ne s'applique pas lorsque la résiliation est liée à des conditions déterminées, en particulier lorsque le professionnel a de graves motifs de résilier⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ WOLF, annexe ch. 1 d) Dir., n° 51 ; VAN GOOL, p. 260 s.

⁴⁸⁶ VAN GOOL, p. 262.

⁴⁸⁷ WOLF, annexe, ch. 1 f) Dir., n° 83 ; VAN GOOL, p. 262.

⁴⁸⁸ WOLF, annexe, ch. 1 f) Dir., n° 84.

⁴⁸⁹ WOLF, annexe, ch. 1 f) Dir., n° 85.

⁴⁹⁰ WOLF, annexe, ch. 1 f) Dir., n° 86.

C. Résiliation sans préavis raisonnable

299 Le ch. 1, let. g) évoque les clauses ayant pour objet ou pour effet « *d'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat de durée indéterminée, sauf en cas de motif grave* ». Il faut admettre qu'il y a « préavis raisonnable » lorsque le temps laissé au consommateur lui permet de conclure un nouveau contrat destiné à remplacer celui qui va prendre fin. Par « motif grave », il faut entendre des motifs tels qu'on ne puisse pas exiger du professionnel qu'il respecte le délai ordinaire de résiliation. Le ch. 2, let. a) de l'annexe restreint l'application de cette disposition. Il dispose que « *le point g) ne fait pas obstacle à des clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce, sans préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement* ». Cette dernière norme tient compte du fait que les contrats de services financiers supposent une grande confiance réciproque ; dès lors, si celle-ci n'existe plus, il doit être possible de mettre facilement un terme au contrat. C'est pourquoi des raisons valables suffisent, sans qu'un motif grave doive être réalisé. L'existence de raisons valables est une condition nécessaire ; ainsi, une clause qui permettrait une résiliation sans raison valable, mais avec un préavis, serait à qualifier d'abusives au vu du but protecteur de la directive⁴⁹¹.

D. Prorogation automatique du contrat

300 Le ch. 1, let. h) proscrie les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non prorogation de la part du consommateur* ». Le but de cette disposition est de protéger le consommateur contre des prolongations du contrat surprises et « irréfléchies »⁴⁹². Le législateur communautaire a voulu éviter que le consommateur ne doive prendre une décision sans encore savoir si la reconduction du contrat lui serait favorable ou non. Pour juger si la date déterminante est « excessivement éloignée », il faut mettre en balance les intérêts du consommateur à une renonciation à court terme et ceux du professionnel à connaître aussi vite que possible la décision de son partenaire contractuel⁴⁹³.

⁴⁹¹ Et ce en dépit d'une certaine ambiguïté de la version française sur ce point. Voir VAN GOOL, p. 265.

⁴⁹² WOLF, annexe, ch. 1 h) Dir., n° 111 ; VAN GOOL, p. 265.

⁴⁹³ WOLF, annexe, ch. 1 h) Dir., n° 112.

3.4 Autres clauses

A. Cession du contrat

- 301 Le ch. 1, let. p) concerne les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *de prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du professionnel, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci* ». Cette disposition veut éviter les conséquences négatives d'un changement de partenaire contractuel. C'est avant tout la solvabilité de celui-ci qui est déterminante⁴⁹⁴.

B. Accès à la justice

- 302 Le ch. 1, let. q) traite des clauses ayant pour objet ou pour effet « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat* ». Il ne suffit pas, pour protéger le consommateur, de veiller au respect des droits matériels de ce dernier : l'octroi de ces droits n'a de sens que s'il est possible de les faire valoir en justice. C'est ce principe qui est affirmé puis illustré ici. Cette disposition vise en principe toutes les procédures devant les tribunaux, pour autant qu'il s'agisse de procédures instituées et réglementées par la loi⁴⁹⁵. Par « entrave » à l'exercice d'actions en justice, il faut comprendre tout élément susceptible de dissuader un citoyen moyen raisonnable⁴⁹⁶. La CJCE a jugé, dans l'arrêt *Océano*⁴⁹⁷, qu'une clause de prorogation de for pouvait remplir cette condition. Il s'agissait en l'espèce de déterminer le caractère abusif d'une clause prévoyant comme for le siège du professionnel. La Cour de Luxembourg a considéré : « *Une telle clause, qui a pour objet de conférer compétence, pour tous les litiges découlant du contrat, à la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège du professionnel, fait peser sur le consommateur l'obligation de se soumettre à la compétence exclusive d'un tribunal qui peut être éloigné de son domicile, ce qui est susceptible de rendre sa comparution plus difficile. Dans le cas de litiges portant sur des sommes limitées, les frais afférents à la comparution du*

⁴⁹⁴ VAN GOOL, p. 266.

⁴⁹⁵ WOLF, annexe, ch. 1 q) Dir., n° 212.

⁴⁹⁶ WOLF, annexe, ch. 1 q) Dir., n° 213.

⁴⁹⁷ CJCE, aff. C-168/05, 26.10.2006, Rec. 2006, p. I-10421 ; CJCE, aff. C-240 à C-244, 27.06.2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. 2000, p. I-4941.

consommateur pourraient se révéler dissuasifs et conduire ce dernier à renoncer à tout recours judiciaire ou à toute défense»⁴⁹⁸. Elle en conclut qu'une telle clause tombe dans le champ d'application du ch. 1, let. q) de l'annexe. La Cour ajoute qu'elle permet au professionnel de regrouper l'ensemble du contentieux relatif à son activité, facilitant ainsi sa comparaison et rendant celle-ci moins onéreuse⁴⁹⁹ ; par conséquent, elle doit être considérée comme abusive au sens de l'art. 3, « *dans la mesure où elle crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat* »⁵⁰⁰.

IV. Concrétisation

1 Généralités

303 Pour réglementer les clauses abusives, le législateur communautaire n'avait guère d'autre choix que d'utiliser une clause générale : toute autre méthode aurait nécessairement créé des lacunes. Une telle clause doit, par définition, être concrétisée. La directive elle-même ne fournit que peu d'éléments à cet égard. Certes, l'art. 4 traite de circonstances dont il faut tenir compte au moment de l'appréciation et la liste que nous venons d'examiner donne une indication quant à certaines clauses bien précises, limitativement énumérées. Mais celle-ci ne peut avoir, en soi, qu'une valeur interprétative restreinte. En revanche, des dispositions qui la composent (prises isolément ou combinées entre elles) et d'autres directives de droit privé européen, il est possible de tirer des principes permettant une certaine concrétisation de la clause générale de l'art. 3.

2 Principes

2.1 Proportionnalité

304 Ce principe affirme que les droits et obligations des parties ne doivent pas aller plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé par le contrat⁵⁰¹. Il trouve ses racines dans l'annexe, ch. 1, let. e), g) et h) ainsi que dans les articles 4 par. 4 de la directive sur les voyages à forfait et 4 par. 2, let. b de la directive sur le crédit à la consommation, lesquelles exigent une raison

⁴⁹⁸ Consid. 22.

⁴⁹⁹ Consid. 23.

⁵⁰⁰ Consid. 24.

⁵⁰¹ RIESENHUBER, n° 649.

valable pour que le prix du voyage, respectivement le taux d'intérêt puisse être augmenté après la conclusion du contrat.

2.2 Equilibre

- 305 Cette notion est évidente, puisqu'elle constitue le cœur de la clause générale. L'annexe exprime en plusieurs endroits l'idée d'équilibre⁵⁰². Celui-ci peut être purement formel, en ce sens que les deux parties doivent avoir les mêmes droits et obligations⁵⁰³, comme cela ressort du ch. 1, let. c), d) et f). Mais il se peut aussi que, si un droit conféré à une partie ou une obligation pesant sur elle menace de rompre l'équilibre, une compensation d'un autre ordre soit à même de le rétablir. Si le professionnel résilie le contrat de manière discrétionnaire, le consommateur doit avoir le droit de réclamer les sommes déjà versées correspondant à des prestations non encore effectuées (ch. 1, let. f)); au cas où le professionnel augmente exagérément le prix, le consommateur doit pouvoir rompre le contrat (ch. 1, let. l), ch. 2, let. b)), idée qu'on retrouve aux art. 4 s. de la directive sur les voyages à forfait ; si le professionnel ne remplit pas ses obligations, le consommateur doit avoir le droit de ne pas remplir les siennes (ch. 1, let. o)).

2.3 Accord contractuel

- 306 Doit être sauvegardé le principe de l'accord des manifestations de volonté, qui se trouve à la base du concept même de contrat. C'est ce qu'affirme l'annexe lorsqu'elle interdit au professionnel de se réserver le droit d'augmenter le prix (ch. 1, let. l)) ou de déterminer seul si la chose livrée ou le service fourni est conforme à la convention (ch. 1, let. m))⁵⁰⁴ ou encore lorsqu'elle pose des fictions relatives à la volonté du consommateur (ch. 1, let. h) et i))⁵⁰⁵.

2.4 Protection de l'équivalence

- 307 Certaines dispositions de l'annexe veillent à ce que l'équivalence (subjective) des prestations soit maintenue⁵⁰⁶. Ainsi en va-t-il de celle qui prévoit que le professionnel ne peut pas conserver les sommes reçues pour des prestations si c'est lui qui résilie (ch. 1, let. f)) et de celle qui interdit au professionnel d'obliger le consommateur à exécuter ses prestations alors que lui-même n'exécute pas les siennes (ch. 1, let. o)). L'équivalence peut aussi être mise en péril par des clauses ayant un caractère de sanction (ch. 1, let. e)). C'est

⁵⁰² RIESENHUBER, n° 650.

⁵⁰³ En ce sens, voir aussi NASSALL, *Die Anwendung*, p. 694; VAN GOOL, p. 198.

⁵⁰⁴ RIESENHUBER, n° 651.

⁵⁰⁵ WOLF, art. 3 Dir., n° 13.

⁵⁰⁶ RIESENHUBER, n° 652.

encore cette idée d'équivalence qui est à l'origine de l'interdiction de modifier sans motifs valables le rapport qualité-prix (qu'on retrouve aussi bien aux let. g), l) et m)⁵⁰⁷ que dans d'autres directives⁵⁰⁸).

2.5 Effet contraignant de la convention

308 Le professionnel doit être lié par la convention passée avec le consommateur⁵⁰⁹ ; il ne saurait s'en écarter librement. Cette volonté du législateur communautaire se retrouve dans le ch. 1, let. j) et dans le ch. 1, let. p), cette dernière disposition garantissant le maintien du partenaire contractuel choisi. Elle se manifeste également dans les let. a), c), d), f), g), k) et n) du ch. 1⁵¹⁰.

2.6 Transparence

309 L'exigence de transparence figure expressément dans la Dir. 93/13, aux art. 4 par. 2 et 5⁵¹¹. Mais elle ressort également de plusieurs autres directives. Dès lors, plusieurs auteurs⁵¹² y voient un principe général du droit privé communautaire qui impose au professionnel l'obligation d'informer le consommateur de ses droits et obligations. Appliqué à l'art. 3, ce principe oblige, pour certains, le professionnel à établir le contenu du contrat par écrit ou de toute autre manière qui soit compréhensible pour le consommateur⁵¹³ ; pour d'autres, il signifie qu'est abusive une clause qui dissimule les dispositions légales impératives⁵¹⁴.

⁵⁰⁷ WOLF, art. 3 Dir., n° 13.

⁵⁰⁸ Art. 4 al. 2b) de la directive sur le crédit à la consommation (Dir. 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (JOCE L 042 du 12.02.1987, p. 48-53 : version consolidée : Dir. 90/88/CEE, JOCE L 61 du 10.03.1990, p. 14-18 ; Dir. 98/7/CE, JOCE L 101 du 01.04.1998, p. 17-23)) ; art. 3, al. 4a) de la directive sur les voyages à forfait (Dir. 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JOCE L 158 du 23.06.1990, p. 59-64) ; art. 3 al. 2, phrase 2 de la Directive sur le time-sharing (Dir. 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (JOCE L 280 du 29.10.1994, p. 83-87)).

⁵⁰⁹ RIESENHUBER, n° 653.

⁵¹⁰ WOLF, art. 3 Dir., n° 13.

⁵¹¹ Cf. infra n° 332 ss.

⁵¹² Voir notamment RIESENHUBER, n° 655 ; NASSALL, Die Anwendung, p. 692 s.

⁵¹³ NASSALL, Die Anwendung, p. 693 ; VAN GOOL, p. 199.

⁵¹⁴ RIESENHUBER, n° 655.

2.7 Maintien de la protection prévue par la loi

- 310 Ce principe se manifeste par l'interdiction d'empêcher la compensation de la part du consommateur (ch. 1, let. b))⁵¹⁵, le droit de refuser d'exécuter ses prestations quand le professionnel n'exécute pas les siennes (ch. 1, let. o)), la garantie de l'accès du consommateur aux tribunaux étatiques (ch. 1, let. q))⁵¹⁶ et l'interdiction de prévoir que le professionnel pourra déterminer seul la conformité de la prestation ou interpréter le contrat (ch. 1, let. m))⁵¹⁷.

2.8 Réalisation du but du contrat

- 311 C'est le but du contrat qui donne un sens à ce dernier. Dès lors, le professionnel ne saurait empêcher la réalisation de ce but. Ce principe est illustré par l'interdiction faite au professionnel d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur en cas de non exécution (ch. 1, let. b))⁵¹⁸ et par celle de limiter la responsabilité en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels (ch. 1, let. a))⁵¹⁹. Des modifications ou déterminations unilatérales du consommateur (ch. 1, let. j), k), l)) constituent également une violation de ce principe⁵²⁰. En outre, l'importance du but du contrat est soulignée dans plusieurs directives de droit privé communautaire⁵²¹.

V. Nature des biens ou services, circonstances et autres clauses

- 312 Aux termes de l'art. 4 par. 1, « *sans préjudice de l'article 7, 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 et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend* ».

⁵¹⁵ VAN GOOL, p. 198.

⁵¹⁶ RIESENHUBER, n° 656.

⁵¹⁷ WOLF, art. 3 Dir., n° 13.

⁵¹⁸ WOLF, art. 3 Dir, n° 13 ; NASSALL, Die Anwendung, p. 694 ; VAN GOOL, p. 198.

⁵¹⁹ VAN GOOL, p. 198.

⁵²⁰ VAN GOOL, p. 198.

⁵²¹ Voir NASSALL, Die Anwendung, p. 694.

1 Nature des biens ou services

- 313 L'information qu'on peut attendre du professionnel n'est pas la même selon que le bien en question est de consommation courante ou au contraire doté d'une haute technologie⁵²². Le fait que le bien soit neuf ou usagé peut également avoir une importance, s'agissant notamment de la garantie⁵²³. Suivant la nature des prestations à fournir, le risque encouru par le consommateur peut être sensiblement différent⁵²⁴. De même, le contexte contractuel n'est pas le même suivant que le contrat comporte une obligation de résultat ou de moyen⁵²⁵, ou suivant qu'il s'agit d'un contrat instantané ou de durée⁵²⁶.

2 Circonstances qui entourent la conclusion du contrat

- 314 Le considérant 16 mentionne expressément la « *force des positions respectives de négociation des parties* » et « *la question de savoir si le consommateur a été encouragé de quelque moyen à donner son accord à la clause* ». Plus généralement, les circonstances de la conclusion du contrat fournissent des indications, en plus de la lettre du contrat, quant aux attentes du consommateur⁵²⁷. Une différence notable entre ces attentes et le contenu de certaines clauses peuvent fonder une violation de l'exigence de bonne foi.

3 Autres dispositions du contrat ou d'un autre contrat

- 315 Les dispositions d'un autre contrat ne peuvent jouer un rôle que s'il existe un lien juridique voulu entre les deux contrats ; un lien uniquement économique ne saurait suffire⁵²⁸. La prise en compte d'autres dispositions pour juger du caractère abusif d'une clause présente deux aspects. Il faut d'une part se demander si une clause, en soi (à peine) admissible, peut devenir abusive lorsqu'elle est combinée à d'autres clauses (« effet additionnel », « *Verstärkereffekt* »). D'autre part, se pose la question de savoir si une clause favorable au consommateur peut en « compenser » une autre qui lui serait trop défavorable, faisant perdre à cette dernière son caractère abusif (« *Kompensationseffekt* »). Les auteurs admettent majoritairement que la combinaison de

⁵²² WOLF, art. 4 Dir., n° 4 ; STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 35 ; VAN GOOL, p. 201.

⁵²³ WOLF, art. 4 Dir., n° 4 ; STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 35.

⁵²⁴ WOLF, art. 4 Dir., n° 4.

⁵²⁵ STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 35.

⁵²⁶ WOLF, art. 4 Dir., n° 4 ; STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 35 ; VAN GOOL, p. 201.

⁵²⁷ WOLF, art. 4 Dir., n° 6 ; ECKERT, p. 1075 ; VAN GOOL, p. 202 ; RIESENHUBER, n° 661.

⁵²⁸ WOLF, art. 4 Dir., n° 9.

plusieurs clauses puisse rendre l'une d'elles abusive⁵²⁹, WOLF exigeant au surplus un rapport matériel entre ces différentes clauses (« *zweckkongruent zusammengehörende Klauseln* »)⁵³⁰. L'argument avancé à l'appui de cette solution est le but protecteur de la directive. La question du « *Kompensationseffekt* » est en revanche plus discutée. Si une « compensation illimitée » est en général rejetée⁵³¹, certains auteurs jugent acceptable que des clauses se compensent s'il y a un lien matériel entre elles⁵³². D'autres veulent en revanche exclure toute « compensation »⁵³³. Sont invoqués les arguments suivants : (1) une telle conception est difficilement conciliable avec la liste annexée, qui fait « présumer »⁵³⁴ le caractère abusif de certaines clauses et (2) avec l'art. 6 qui prévoit l'élimination des clauses abusives, (3) la « compensation » nuirait à la sécurité du droit et (4) priverait la réglementation légale de tout effet préventif vis-à-vis des professionnels⁵³⁵. Dans son rapport sur l'avancement du Cadre Commun de Références, la Commission est d'avis que le critère du prix n'est pas pertinent⁵³⁶.

4 *Autres circonstances*

- 316 Les circonstances énumérées à l'art. 4 par. 1 ne sont pas exhaustives. Le but et la nature du contrat doivent être pris en considération⁵³⁷.
- 317 Dans l'arrêt *Freiburger Kommunalbauten*⁵³⁸, la CJCE a jugé que, à cet égard, « *doivent également être appréciées les conséquences que ladite clause peut avoir dans le cadre du droit applicable au contrat, ce qui implique un examen du système juridique national* »⁵³⁹. Elle a ainsi estimé qu'il n'est pas possible d'apprécier le caractère abusif d'une clause hors de son contexte juridique. MARKWARDT se montre sceptique face à une telle interprétation de l'art. 4

⁵²⁹ Voir par exemple STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 37 ; VAN GOOL, p. 203. Contra, mais sans motivation : MICKLITZ, *AGB-Gesetz*, p. 527.

⁵³⁰ WOLF, art. 4 Dir., n° 8.

⁵³¹ ULMER, *Zur Anpassung*, p. 345 ; HEINRICHS, *EG-Richtlinie*, p. 1820 ; FREY, p. 575.

⁵³² WOLF, art. 4 Dir., n° 8 ; HEINRICHS, *EG-Richtlinie*, p. 1820 ; DAMM, p. 172 ; ECKERT, p. 1075.

⁵³³ STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 35 s. ; FREY, p. 575.

⁵³⁴ Sur la nature de la liste annexée, cf. supra n° 264 ss.

⁵³⁵ STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 36.

⁵³⁶ Rapport de la Commission du 25.07.2007 sur l'avancement du Cadre Commun de Références, COM 2007 447 final.

⁵³⁷ WOLF, art. 4 Dir., n° 10.

⁵³⁸ CJCE, aff. 237/02, 01.04.2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, Rec. 2004, p. 12. Cf. infra n° 329 ss.

⁵³⁹ Consid. 21.

par. 1 : pour lui, les circonstances mentionnées dans cette disposition relèvent du fait et sont concrètes et individuelles, alors que la prise en compte d'un ordre juridique est abstrait et juridique⁵⁴⁰.

5 *Au moment de la conclusion du contrat*

318 Seules les circonstances existantes au moment de la conclusion du contrat doivent être prises en compte. Cette restriction peut être favorable au consommateur (une clause, abusive au moment de la conclusion du contrat, sera toujours considérée comme telle quand bien même certains éléments défavorables au consommateur viendraient à disparaître) comme elle peut lui être défavorable (des circonstances nouvelles et qui rendraient la clause abusive ne sont pas prises en considération).

6 *Importance de critères individuels en matière de CGA*

319 Les circonstances du cas d'espèce (ou circonstances individuelles) ne peuvent, par définition, pas être prises en compte dans le cadre du contrôle abstrait (aussi appelé contrôle « préventif »). A l'inverse, il ne fait pas de doute qu'elles doivent revêtir une importance prépondérante en cas de contrôle concret d'un contrat individuel⁵⁴¹. La question du rôle qu'il convient de leur attribuer en matière de CGA est plus délicate. Car mettre en exergue ces circonstances reviendrait à admettre qu'une seule et même clause, insérée dans un même contrat standardisé, soit dans certains cas considérée comme abusive et dans d'autres pas.

320 WOLF estime que le critère de contrôle doit être plutôt général. A ses yeux, ce serait déprécier le contrôle préventif des CGA que d'accorder une grande importance aux circonstances d'espèces dans le procès individuel. En effet, ces circonstances pourraient permettre de « justifier » des clauses qui, dans le contrôle préventif, seraient regardées comme abusives⁵⁴². Cette conception correspondrait également mieux à la liste annexée, laquelle pose un jugement de valeur général. En outre, ce n'est qu'ainsi que peut être atteint l'effet de rationalisation recherché par les professionnels. Enfin, pour cet auteur, les considérants 15 et 16 commandent d'opérer une distinction entre les critères plutôt généraux régissant les CGA et ceux plus individualisés applicables en matière de contrats individuels.

⁵⁴⁰ P. 155.

⁵⁴¹ VAN GOOL, p. 207.

⁵⁴² En ce sens STAUDER, *Schwerpunkte*, p. 34 ; GRAF VON WESTPHALEN, p. 4.

- 321 REMIEN partage largement cette analyse⁵⁴³. Pour lui, la prise en compte de circonstances individuelles conduirait à un affaiblissement de la protection du consommateur. Elle empêcherait au surplus les professionnels de rédiger des CGA « inattaquables » et ferait obstacle à la réalisation des buts principaux de la directive que sont le renforcement de la concurrence et l'harmonisation. REMIEN considère que la prise en compte des circonstances entourant la conclusion du contrat n'implique pas nécessairement de retenir des critères individuels : certaines d'entre elles sont *typiques* de tel ou tel contrat (achat d'une automobile, contrats bancaires, téléshopping par exemple). Il estime que les circonstances individuelles relèvent pour leur part non du contrôle du contenu des clauses, mais de l'intégration de celles-ci au contrat⁵⁴⁴. Enfin, il invoque un argument relatif à l'histoire de la directive : la référence à des circonstances individuelles ne serait qu'une réminiscence du premier projet de directive, lequel incluait le contrôle de clauses négociées⁵⁴⁵.
- 322 Autre partisan d'un contrôle « généralisé », VAN GOOL juge peu pertinentes les circonstances individuelles dans le cadre de CGA⁵⁴⁶, car le consommateur ne prend le plus souvent pas connaissance du contenu de ces dernières ; dès lors, il ne faut accorder aucune importance aux capacités du consommateur et on ne peut guère parler de « circonstances particulières ». Examinant les trois cas de figure dans lesquels les circonstances d'espèce seraient propres à jouer un rôle, cet auteur en déduit que le consommateur ne tirerait que peu d'avantages de la prise en compte de ces circonstances. Tout d'abord, l'« assainissement » de clauses douteuses par des circonstances individuelles ne peut que nuire au consommateur. Ensuite, si une clause ne semble pas prêter le flanc à la critique, ce ne sont pas des circonstances d'espèce qui pourront la rendre abusive : le contrôle des clauses contractuelles n'a pas pour but de sanctionner les circonstances en tant que telles. Il se peut enfin que des circonstances particulières confirment la suspicion d'abus émanant d'une clause. Ce n'est que dans cette troisième hypothèse que la prise en compte de critères concrets sert les intérêts du consommateur.
- 323 DAMM est d'avis que les CGA exigent par nature la prise en compte de critères généraux⁵⁴⁷. Mais il n'exclut pas que ceux-ci soient complétés par des circonstances individuelles⁵⁴⁸ qui présenteraient des particularités. Il cite l'effet de surprise (*Überrumpelung*), l'inexpérience du consommateur et les

⁵⁴³ AGB-Gesetz, p. 53 ss.

⁵⁴⁴ En ce sens également VAN GOOL, p. 216.

⁵⁴⁵ En ce sens également : RIESENHUBER, n° 661.

⁵⁴⁶ P. 213 ss.

⁵⁴⁷ Europäisches Verbraucherrecht, p. 174.

⁵⁴⁸ En ce sens également : MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.20.

pressions exercées pour obtenir l'accord de ce dernier. Mais une telle prise en compte ne peut avoir lieu pour lui qu'en faveur du consommateur.

- 324 Pour HOMMELHOFF et WIEDENMANN en revanche, il faut tenir compte avant tout de critères individuels. Ces auteurs se fondent sur la lettre de l'art. 4 par. 1 et du consid. 16. Ils estiment que c'est le seul moyen d'atteindre le but protecteur de la directive⁵⁴⁹.
- 325 Dans l'arrêt *Océano*, la CJCE, alors qu'elle avait à juger du caractère abusif d'une clause de prorogation de for figurant dans des CGA, n'a nullement fait allusion aux circonstances du cas d'espèce. Pour PFEIFFER, cela signifie clairement que prévalent les critères généraux⁵⁵⁰.

VI. Examen par la CJCE

- 326 L'art. 3 par. 1 est une clause générale. Elle doit donc par définition être interprétée. Nous avons vu que la directive elle-même et certains principes du droit privé européen peuvent fournir des points de repère à cet égard. Toutefois, ceux-ci ne garantissent aucunement une unité d'interprétation dans les États membres. Si un tribunal juge une clause abusive en vertu de la législation nationale, il est généralement admis qu'un examen du droit communautaire est superflu. En effet, dans ce cas, une éventuelle divergence d'interprétation ne fait pas obstacle à la réalisation du but de la directive, puisque celle-ci constitue un standard minimal dont les États membres peuvent s'écarter pour mieux protéger le consommateur. Si en revanche le juge national doute de l'admissibilité d'une clause, se pose la question de savoir s'il lui est loisible de demander à la CJCE de se prononcer de manière préjudicielle. La question a suscité une large controverse en Allemagne.
- 327 L'argument en faveur de l'examen de cette question par la CJCE est qu'à défaut de celui-ci, l'unification visée par la directive resterait dans la pratique lettre morte : chaque État membre établirait au fil du temps ses propres critères, ce qui conduirait fatalement à des solutions (fort) différentes⁵⁵¹.
- 328 A l'inverse, certains estiment que si le législateur communautaire fait figurer une clause générale dans une directive, c'est qu'il entend laisser une marge de manœuvre aux États membres⁵⁵². Dans le même ordre d'idées, certains

⁵⁴⁹ P. 568 ; en ce sens, mais sans motivation : MARKWARDT, p. 155.

⁵⁵⁰ P. 150.

⁵⁵¹ Voir notamment LEIBLÉ, p. 426.

⁵⁵² REMIEN, Vorlagepflicht, p. 522.

évoquent le principe de la subsidiarité⁵⁵³. A cela s'ajoute la lettre de l'art. 234 TCE, qui distingue application et interprétation du droit communautaire⁵⁵⁴. S'agissant de la Dir. 93/13, d'aucuns pensent que l'appréciation du caractère abusif ne peut se faire sans considérer le contexte juridique⁵⁵⁵. Enfin, ceux pour qui le caractère abusif d'une clause découle essentiellement de sa divergence d'avec le droit dispositif observent qu'il n'existe quasiment pas, en droit privé communautaire, de normes appartenant à cette catégorie ; que, par conséquent, c'est le droit des États membres qui doit être déterminant, lequel ne saurait être interprété par la CJCE⁵⁵⁶.

- 329 La Cour de Luxembourg a tranché la question dans l'arrêt *Freiburger Kommunalbauten*⁵⁵⁷. Le BGH lui avait soumis la question suivante : « Une clause contenue dans des conditions générales de vente, en vertu de laquelle l'acquéreur d'une construction à ériger est tenu d'en payer la totalité du prix, indépendamment de l'état d'avancement de la construction, lorsque le vendeur lui a au préalable remis une garantie bancaire de nature à couvrir les sommes auxquelles il pourrait prétendre du fait de la non exécution ou d'une mauvaise exécution du contrat, doit-elle être considérée comme abusive au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive [...] ? »⁵⁵⁸. La Cour indique tout d'abord que, dans le cadre de l'art. 4, « doivent être appréciées les conséquences que ladite clause peut avoir dans le cadre du droit applicable au contrat, ce qui implique un examen du système juridique national »⁵⁵⁹. Puis elle rappelle la distinction, opérée à l'art. 234 TCE, entre interprétation et application du droit communautaire⁵⁶⁰ et affirme que la

⁵⁵³ NASSALL, Die Anwendung, p. 691.

⁵⁵⁴ SCHMIDT MAREK, p. 591 ss.

⁵⁵⁵ REICH, p. 543 ss.

⁵⁵⁶ BASTY, p. 770 s. ; contra : LEIBLE, p. 426.

⁵⁵⁷ CJCE, aff. 237/02, 01.04.2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, Rec. 2004, p. 12. La CJCE maintient la distinction, s'agissant de la Dir. 93/13, entre application et interprétation du droit communautaire dans l'arrêt *Mostaza Claro contre Centro Movil Milenium SL*, (Rec. 2006, I 10421), lequel traite avant tout d'aspects procéduraux.

⁵⁵⁸ Consid. 14.

⁵⁵⁹ Consid. 21.

⁵⁶⁰ Par « interprétation », il faut comprendre la détermination du contenu et de la portée d'une norme ou d'un principe. Ce concept englobe le complètement de lacunes du droit communautaire (GAITANIDES, art. 234 TCE, n° 30.). La jurisprudence de la CJCE distingue l'interprétation de l'application du droit communautaire au cas concret. La première, exprimée de manière abstraite, relève exclusivement de la CJCE (jurisprudence constante. Voir notamment : CJCE, aff. 6/64, 15.07.1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Rec. 1964, p. I-1141 (1253)) ; la seconde, qui se rapporte au cas d'espèce, appartient au juge national. Mais la distinction est parfois difficile en pratique (REMIEN, Die Vorlagepflicht, p. 509).

question qui lui est posée relève de la seconde catégorie, refusant ainsi de se prononcer. Cette position contraste assez nettement avec celle adoptée dans l'arrêt *Océano*⁵⁶¹ : la CJCE y avait, sans réserve aucune, jugé abusive la clause de prorogation de for qui lui était soumise. Dès lors il convenait de justifier *ex post* ce dernier arrêt, ce que la Cour a fait en ces termes : « *Toutefois, cette appréciation [celle de l'arrêt Océano⁵⁶²] a été portée à propos d'une clause à l'avantage exclusif du professionnel et sans contrepartie pour le consommateur, mettant en cause, quel que soit le type de contrat, l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits que la directive reconnaît au consommateur. Il était donc possible de constater le caractère abusif de cette clause sans avoir à examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat ni à apprécier les avantages et les désavantages liés à cette clause dans le droit national applicable au contrat* »⁵⁶³.

- 330 Cet arrêt a été accueilli diversement. Certains l'approuvent et notent que cette solution évitera à la CJCE une surcharge de travail ; que le rapprochement des législations est un processus qui n'en est qu'à ses débuts⁵⁶⁴. D'autres abondent dans ce sens et tirent argument de la contradiction qu'ils voient entre l'art. 1 par. 2 et le considérant 13 d'une part et le considérant 14 d'autre part⁵⁶⁵ : ceux-là, en prévoyant l'« immunité » des normes impératives des États membres, consacrent, par exception au principe, la primauté du droit national sur le droit communautaire alors que celui-ci fait injonction aux États membres de veiller à ce qu'aucune clause abusive ne figure dans leur droit, ce qui laisse à penser que le droit national pourrait s'avérer contraire à la directive. Ce conflit ne peut être évité que si l'on considère qu'une certaine liberté est laissée aux États membres, la CJCE pouvant contrôler les règles qui désavantagent clairement les consommateurs. L'argument de l'opposition entre interprétation et application du droit communautaire est parfois admis⁵⁶⁶ et parfois contesté. Certains, sans remettre en cause fondamentalement cette distinction, la jugent inopérante ici : les questions de droit à trancher par renvoi préjudiciel le sont par nature dans le cadre d'un procès concret⁵⁶⁷. FREITAG⁵⁶⁸ note que la seule autre possibilité aurait été le développement par

⁵⁶¹ CJCE, aff. C-240 à C-244, 27.06.2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. 2000, p. I-4941.

⁵⁶² CJCE, aff. C-240 à C-244, 27.06.2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. 2000, p. I-4941.

⁵⁶³ Consid. 23.

⁵⁶⁴ RÖTHEL, p. 424 ss.

⁵⁶⁵ FREITAG/RIEMENSCHNEIDER, p. 2478.

⁵⁶⁶ MARKWARDT, p. 156.

⁵⁶⁷ FREITAG/RIEMENSCHNEIDER, p. 2479.

⁵⁶⁸ P. 398.

la CJCE, de cas en cas, de solutions se fondant sur l'acquis communautaire et le droit comparé⁵⁶⁹. Pour cet auteur, une telle solution non seulement violerait la répartition horizontale des compétences au sein de la Communauté, mais encore ne satisferait pas aux exigences de la sécurité du droit, puisqu'une telle évolution jurisprudentielle ne serait pas prévisible.

- 331 Reste que cet arrêt limite sérieusement l'effet unificateur voulu par la directive⁵⁷⁰. En outre, la CJCE ne précise pas à quelles conditions il est possible de constater le caractère abusif d'une clause « *sans avoir à examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat ni à apprécier les avantages et les désavantages liés à cette clause dans le droit applicable au contrat* »⁵⁷¹. En d'autres termes, il faudra attendre une précision de cette jurisprudence pour connaître les contours de la compétence « résiduelle » que se réserve la CJCE en matière de clauses abusives⁵⁷².

§ 4 *Transparence*

- 332 Le principe de la transparence est déduit de l'art. 5, dont la teneur est la suivante :

« Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette règle d'interprétation n'est pas applicable dans le cadre des procédures prévues à l'article 7 paragraphe 2 ».

- 333 Une clause satisfait à l'exigence de clarté lorsque le consommateur est en mesure d'en saisir le sens, en particulier les conséquences juridiques qui en découlent⁵⁷³ : le professionnel ne doit pas pouvoir tirer avantage de l'utilisation de clauses ambiguës⁵⁷⁴. Cela implique que la clause soit suffisamment précise (*Bestimmtheitsgebot*)⁵⁷⁵, qu'elle ne surprenne pas le consommateur⁵⁷⁶. Tel n'est pas l'opinion de HEINRICH, lequel plaide pour une

⁵⁶⁹ Sur les difficultés liées à l'usage du droit comparé en la matière : FREITAG/RIEMENSCHNEIDER, p. 2478.

⁵⁷⁰ En ce sens : FREITAG p. 398 ; RÖTHEL, p. 425.

⁵⁷¹ Consid. 23.

⁵⁷² FREITAG/RIEMENSCHNEIDER, p. 2480.

⁵⁷³ GRAF VON WESTPHALEN, p. 165.

⁵⁷⁴ MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.17.

⁵⁷⁵ WOLF, art. 5 Dir., n° 4 ; VAN GOOL, p. 290.

⁵⁷⁶ WOLF, art. 5 Dir., n° 4.

conception étroite de la notion de transparence et ne distingue pas l'exigence de clarté de celle de compréhensibilité⁵⁷⁷.

- 334 Cette dernière notion se rapporte tout d'abord à la lisibilité⁵⁷⁸ (sont visés en premier lieu les caractères d'impression trop petits pour être lus à l'œil nu). En outre, le langage courant doit être préféré à des expressions juridiques⁵⁷⁹ ou spécifiques à tel ou tel secteur économique⁵⁸⁰. Une clause ne saurait en outre induire en erreur le consommateur quant à la portée de ses droits et obligations⁵⁸¹.
- 335 Le problème de la langue utilisée se pose avec une certaine acuité dans une Communauté multilingue. Il faut envisager deux cas de figure⁵⁸². Il se peut tout d'abord qu'un professionnel soit actif dans un autre État membre que celui où se situe son siège (ou de son domicile agissant d'une personne physique). Dans cette hypothèse, la doctrine majoritaire estime que le professionnel doit traduire les documents contractuels⁵⁸³. MICKLITZ pense que cela poussera les professionnels à épurer leurs CGA⁵⁸⁴. De cette situation, il faut distinguer celle du professionnel qui conclut, dans son propre État membre, un contrat avec un consommateur ressortissant d'un autre État membre. Dans ce cas, le consommateur qui maîtrise suffisamment la langue dans laquelle est rédigé le contrat n'a pas besoin de protection spécifique. Si en revanche les connaissances linguistiques nécessaires font défaut au consommateur, le professionnel (à qui il appartiendra d'examiner la question) devra veiller à ce que les documents contractuels soient traduits dans une langue qui soit compréhensible pour son partenaire contractuel⁵⁸⁵. Se pose la question de savoir si une version anglaise doit à cet égard être considérée comme suffisante. Les auteurs ont tendance à répondre par la négative, MICKLITZ exigeant que le consommateur reçoive des documents contractuels rédigés dans sa langue maternelle⁵⁸⁶.

⁵⁷⁷ Das Transparenzgebot, p. 174.

⁵⁷⁸ WOLF, art. 5 Dir., n° 4 ; MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.17 ; VAN GOOL, p. 271.

⁵⁷⁹ WOLF, art. 5 Dir., n° 4.

⁵⁸⁰ VAN GOOL, p. 271.

⁵⁸¹ MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.17. WOLF, art. 5 Dir., n° 4. Contra : HEINRICHS, Das Transparenzgebot, p. 168.

⁵⁸² VAN GOOL, p. 285 s.

⁵⁸³ WOLF, art. 5 Dir., n° 4.

⁵⁸⁴ Verbandsklage, p. 942.

⁵⁸⁵ VAN GOOL, p. 286 et les réf. citées. Contra HEINRICHS, Das Transparenzgebot, p. 175.

⁵⁸⁶ MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.17.

- 336 On peut se demander si le principe de la transparence exige que le consommateur ait connaissance de toutes les clauses avant la conclusion du contrat. Dans ses conclusions⁵⁸⁷ relatives à l'arrêt *Commission contre Pays-Bas*⁵⁸⁸, l'Avocat général TIZZANO défendait cette opinion, en se fondant sur le ch. 1, let. i) de l'annexe et sur le considérant 20, lequel affirme notamment que « *le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses* ». A noter que ce passage figurait à l'art. 5 du projet de la Commission, le Conseil l'ayant par la suite supprimé⁵⁸⁹. La CJCE ne s'est pas expressément prononcée sur la question, mais semble approuver cette position⁵⁹⁰, que défend également MICKLITZ⁵⁹¹. Pour cet auteur, la transparence doit aussi permettre au consommateur de comparer différentes offres pour des mêmes biens ou services, favorisant ainsi la concurrence. De ce raisonnement découle que l'examen de la transparence doit se focaliser sur le rapport qualité-prix.
- 337 Aux termes de l'art. 5, l'exigence de transparence ne concerne que les clauses écrites. Cette dernière notion doit être interprétée largement et vise les textes rédigés à la main et imprimés ainsi que ceux enregistrés électroniquement⁵⁹². Les raisons de cette restriction aux clauses écrites sont jugées obscures par une partie de la doctrine⁵⁹³, d'autant plus que l'art. 4 par. 2 et le considérant 20 n'y font pas référence⁵⁹⁴. Une explication possible réside dans le fait que le consommateur est suffisamment protégé, dans les autres cas, par les règles sur la répartition du fardeau de la preuve : une clause défavorable au consommateur sera nécessairement favorable au professionnel et c'est donc ce dernier qui devra établir l'existence d'une telle clause, ce qui est évidemment malaisé s'agissant d'une clause non écrite⁵⁹⁵. Pour une partie de la doctrine, on ne saurait interpréter l'art. 5 *a contrario* pour en déduire que les clauses orales peuvent ne pas être transparentes⁵⁹⁶.
- 338 Les clauses doivent être transparentes non seulement individuellement, mais encore prises dans leur ensemble. Cela revient à dire notamment qu'une

⁵⁸⁷ Consid. 31.

⁵⁸⁸ CJCE, aff. C-144/99, 10.05.2001, Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas, Rec. 2001, p. I-03541.

⁵⁸⁹ TENREIRO, Les clauses abusives, p. 4.

⁵⁹⁰ En effet, dans son consid. 20, elle renvoie aux consid. 26 à 31 des conclusions de l'Avocat général.

⁵⁹¹ Europäisches Verbraucherrecht, n° 13.18.

⁵⁹² WOLF, art. 5 Dir., n° 5.

⁵⁹³ REMIEN, AGB-Gesetz, p. 63 ; RIESENHUBER, n° 620.

⁵⁹⁴ WOLF, art. 5 Dir., n° 5.

⁵⁹⁵ RIESENHUBER, n° 620.

⁵⁹⁶ REMIEN, AGB-Gesetz, p. 63 ; HEINRICHS, Das Transparenzgebot, p. 173.

clause ne doit pas se trouver à un endroit inattendu et exclut une structure non systématique⁵⁹⁷.

339 L'art. 5 sanctionne le manque de clarté par la règle selon laquelle prévaut, en cas de doute, l'interprétation la plus favorable au consommateur. Ce principe existait déjà dans le droit interne de la plupart des États membres. L'exigence d'un doute montre clairement que seules les clauses ambiguës peuvent être par là remises en cause, à l'exclusion de clauses claires, mais critiquables quant à leur contenu⁵⁹⁸. Encore faut-il déterminer quels moyens doivent avoir été mis en œuvre « en amont » pour tenter de dissiper ce doute. En d'autres termes, il convient de se demander quels principes d'interprétation doivent être utilisés avant de recourir à celui de l'interprétation favorable au consommateur. La directive contient elle-même, nous l'avons vu, certains principes qui peuvent servir à son interprétation⁵⁹⁹. Ce sont eux qui guideront en premier lieu le juge national, principe de l'interprétation conforme au droit communautaire oblige. Cela n'exclut pourtant pas que subsiste, à côté des moyens d'interprétation issus de la directive, une place pour ceux propres à chaque droit national. Si cela devait engendrer des divergences pratiques notables, la CJCE serait vraisemblablement amenée à dire à quelles conditions il faut admettre l'existence d'un doute au sens de l'art. 5 deuxième phrase⁶⁰⁰.

340 Pour une bonne partie de la doctrine, l'interprétation favorable au consommateur ne doit pas être la seule sanction du manque de transparence d'une clause. Le principal argument en faveur de cette thèse est qu'une clause non transparente, mais dépourvue d'ambiguïté, en ce sens qu'il n'est pas possible d'en dégager une interprétation plus favorable qu'une autre, ne peut pas être sanctionnée par ce moyen⁶⁰¹. Une controverse est née chez les auteurs allemands. Certains estiment que les États membres sont libres de choisir la sanction adéquate, mais qu'en tous les cas, la transparence doit être prise en compte pour juger du caractère abusif d'une clause. Ils considèrent, pour certains d'entre eux, que l'absence de transparence au sens de l'art. 5 constitue un abus formel (par opposition aux art. 3 et 4, lesquels régissent l'abus matériel) et ouvre la voie aux sanctions prévues par les art. 6 et 7⁶⁰². D'autres aboutissent au même résultat par des raisonnements différents. Ils affirment d'une part que l'art. 4 par. 2, qui permet un contrôle du caractère abusif en cas de non transparence, est une sous-catégorie de l'art. 5 ; que dès lors toutes les

⁵⁹⁷ WOLF, art. 5 Dir., n° 7.

⁵⁹⁸ RIESENHUBER, n° 622.

⁵⁹⁹ Cf. supra n° 304 ss.

⁶⁰⁰ WOLF, art. 5 Dir., n° 9.

⁶⁰¹ VAN GOOL, p. 277.

⁶⁰² MICKLITZ, Verbraucherrecht, n° 13.16. Voir aussi les références citées par VAN GOOL, p. 280 s.

clauses doivent pouvoir être contrôlées par ce biais⁶⁰³. D'autre part, ils remarquent que l'annexe contient des points (ch. 1, let. i), j), k) et m)) qui « incriminent » des clauses en raison précisément de leur absence ou manque de transparence⁶⁰⁴. Une autre partie de la doctrine, en revanche, soutient qu'une clause entachée d'un manque de transparence doit être réputée non incorporée au contrat⁶⁰⁵. Les partisans de cette solution tirent argument du fait que l'art. 4 par. 1, qui recense les circonstances à prendre en compte pour juger du caractère abusif, ne fait aucunement allusion à la transparence⁶⁰⁶. Ils estiment en outre qu'on ne peut pas établir de lien entre la transparence et la liste annexée⁶⁰⁷ ; qu'on ne peut pas déduire de l'art. 4 par. 2 que la transparence serait un critère pour déterminer le caractère abusif⁶⁰⁸.

- 341 Dans l'arrêt *Commission contre Pays-Bas*⁶⁰⁹, la CJCE a jugé que les articles 4 ch. 2 et 5 doivent faire l'objet d'une transposition expresse par les États membres ; une interprétation systématique de principes plus généraux ne suffit pas. La Cour y a répété que la situation juridique découlant du droit national doit être suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires doivent être en mesure de connaître leurs droits en particulier lorsqu'une directive vise à accorder des droits à des ressortissants d'autres États membres⁶¹⁰.

§ 5 *Conséquence du caractère abusif d'une clause*

- 342 L'art. 6, par. 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* ».
- 343 Le législateur communautaire pose donc ici une règle simple quant à son principe : la suppression de la clause abusive et le maintien (inchangé)⁶¹¹ du reste du contrat.

⁶⁰³ COESTER, p. 111.

⁶⁰⁴ COESTER, p. 111.

⁶⁰⁵ HEINRICHS, *Das Transparenzgebot*, p. 172 ss, GRAF VON WESTPHALEN, p. 165.

⁶⁰⁶ HEINRICHS, *Das Transparenzgebot*, p. 172.

⁶⁰⁷ HEINRICHS, *Das Transparenzgebot*, p. 172.

⁶⁰⁸ HEINRICHS, *Das Transparenzgebot*, p. 175.

⁶⁰⁹ CJCE, aff. C-144/99, 10.05.2001, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas*, Rec. 2001, p. I-03541.

⁶¹⁰ Consid. 17 et 18.

⁶¹¹ WOLF, art. 6 Dir., n° 8.

- 344 Il incombe aux États membres de fixer les modalités de l'inefficacité au sens de cette disposition. Toutefois, la protection du consommateur commande que cette inefficacité se manifeste de plein droit. Il ne serait donc pas acceptable d'exiger du consommateur qu'il doive déclarer nulle la clause en question. En effet, ce dernier risquerait fort de ne pas accomplir cette démarche, que ce soit par méconnaissance, à cause de pressions exercées sur lui ou pour toute autre raison⁶¹². Pour certains auteurs, il ne serait pas totalement exclu que le professionnel puisse se prévaloir de l'inefficacité d'une clause, pour autant qu'il ne le fasse pas de manière contraire aux règles de la bonne foi⁶¹³.
- 345 La directive ne dit pas par quoi doit être remplacée la clause ainsi supprimée. La plupart des auteurs s'accorde à dire que, dans la mesure du possible, c'est le droit dispositif qui doit combler la lacune créée⁶¹⁴. Les règles sur le complètement du contrat peuvent également être utilisées⁶¹⁵. Une clause peut être « partiellement » abusive, en ce sens qu'elle ne va qu'en partie au-delà de ce qui aurait pu légitimement être convenu. KÖTZ affirme que s'il est possible de scinder une telle clause en une partie abusive et une autre « acceptable », cette dernière peut alors subsister⁶¹⁶.
- 346 Encore faut-il, pour qu'il soit maintenu, que le contrat puisse subsister sans les clauses abusives. WOLF mentionne les hypothèses dans lesquelles cette condition ne serait pas réalisée⁶¹⁷. Ainsi en irait-il tout d'abord d'un contrat qui serait amputé d'une partie si essentielle qu'elle ne pourrait plus être rétablie par complètement du contrat. Ce dernier serait ensuite totalement inefficace s'il devenait, en raison de la suppression de certaines clauses, insupportable pour une des parties, que ce soit économiquement ou pour une autre raison. Enfin, la nature du contrat doit être prise en compte : Un contrat instantané ne saurait par exemple se muer en un contrat de durée. WOLF ajoute que les États membres sont libres de prévoir, en cas d'inefficacité totale du contrat, des dommages-intérêts en faveur du consommateur⁶¹⁸.

§ 6 *Droit international privé*

- 347 Aux termes de l'art. 6 par. 2, « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection*

⁶¹² WOLF, art. 6 Dir., n° 4.

⁶¹³ WOLF, art. 6 Dir., n° 5.

⁶¹⁴ WOLF, art. 6 Dir., n° 7; KÖTZ, p. 228.

⁶¹⁵ WOLF, art. 6 Dir., n° 7.

⁶¹⁶ P. 229.

⁶¹⁷ WOLF, art. 6 Dir., n° 9.

⁶¹⁸ WOLF, art. 6 Dir., n° 9.

accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres ».

- 348 Le but de cette disposition est d'éviter que la protection accordée par la directive ne soit tout simplement mise à néant par la simple application du droit d'un État non membre de la Communauté. Le choix d'un État membre ne pose pas de problème, dans la mesure où la transposition de la directive garantit une protection minimale. L'art. 6 par. 2 pose trois conditions.
- 349 Est nécessaire avant tout le choix d'un État non membre. Cela signifie que la protection conférée par la directive se limite aux conventions sur le droit applicable et n'entend pas s'opposer à d'éventuelles dispositions de droit international privé qui conduiraient à l'application d'un droit extra-communautaire⁶¹⁹.
- 350 Il faut ensuite que ce choix ait pour conséquence la perte de la protection de la directive. Cela exclut deux hypothèses⁶²⁰ : tout d'abord celle dans laquelle le droit d'un État non membre s'appliquerait même en l'absence de convention ; ensuite celle dans laquelle le droit choisi offre au consommateur une protection équivalente ou meilleure que celle de la directive.
- 351 Enfin, l'art. 6 par. 2 exige un lien étroit avec le territoire des États membres. Cette notion est à interpréter de manière autonome en tenant compte des critères habituels du droit international privé⁶²¹ ; mais elle est différente de celle de lien « le plus étroit » que cette branche du droit utilise fréquemment.

§ 7 Incidences procédurales

- 352 Le droit privé communautaire se compose surtout de droit matériel. S'agissant de la procédure civile, les sources législatives sont rares⁶²² et ne concernent pas directement la Dir. 93/13. Hormis quelques règles générales à l'art. 7, la

⁶¹⁹ VAN GOOL, p. 306.

⁶²⁰ VAN GOOL, p. 306 s.

⁶²¹ WOLF, art. 6 Dir., n° 13.

⁶²² R. 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L 12 du 16.01.2001, p. 1 ; R. 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JOCE L 143/15 du 30.04.2004, p. 15 ss ; Dir. 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOCE L 166 du 11.06.1998, p. 51 à 55.

directive elle-même ne contient pas de dispositions relatives à la procédure. Cependant, la CJCE a rendu, en matière de clauses abusives, des arrêts relevant du droit procédural. Il s'agit d'une part de l'arrêt *Océano*⁶²³, qui avait pour thème principal la prise en compte d'office du caractère abusif d'une clause et d'autre part de l'arrêt *Cofidis*⁶²⁴, lequel traitait d'un délai de forclusion pour se prévaloir du caractère abusif d'une clause. Bien que les problèmes procéduraux aient été exclus du champ de ce travail, nous voudrions ici dire quelques mots de ces arrêts, qui contrastent avec l'absence de décisions portant sur le droit de fond.

- 353 Il ressort du premier de ces arrêts, dans lequel la Cour se prononçait sur le caractère abusif d'une clause de prorogation de for, « *que la protection que la directive assure aux consommateurs implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales* »⁶²⁵. La CJCE se fonde sur deux arguments.
- 354 Tout d'abord, elle considère qu'une telle solution s'impose vu la situation d'infériorité du consommateur. En effet, le coût – souvent prohibitif par rapport à la valeur litigieuse – des honoraires d'un avocat peut dissuader le consommateur de se défendre. Et au cas où ce dernier ferait valoir ses droits sans l'assistance d'un mandataire, il risquerait de négliger, par ignorance, de soulever le moyen tiré du caractère abusif d'une clause⁶²⁶.
- 355 Ensuite, ne pas admettre que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause serait en contradiction avec l'esprit de l'art. 7. Cette disposition démontre que, pour le législateur communautaire, seule l'intervention d'un tiers est à même de compenser l'inégalité entre professionnel et consommateur. Il serait dès lors difficilement concevable que, dans un procès individuel, le juge national refuse de considérer une clause comme abusive pour un motif purement formel. De plus, l'examen d'office du juge, dans le procès individuel, du caractère abusif, contribuerait non seulement à la réalisation de l'art. 6, mais aussi, par son caractère préventif, à celle de l'art. 7 (soit l'« éradication » des clauses abusives)⁶²⁷.

⁶²³ CJCE, aff. C-240 à C-244, 27.06.2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. 2000, p. I-4941.

⁶²⁴ CJCE, aff. C-473/00, 21.11.2002, *Cofidis SA contre Jean-Louis Fredout*, Rec. 2002, p. I-10875.

⁶²⁵ Consid. 29.

⁶²⁶ Consid. 24 et 25.

⁶²⁷ Consid. 27 et 28.

- 356 La doctrine estime que le principe de l'examen d'office du caractère abusif ne se limite pas aux clauses de prorogation de for⁶²⁸, mais peut concerner tout type de clause. Elle se fonde notamment sur le texte du considérant 21 de la directive (« ...ne lieront pas le consommateur »)⁶²⁹. MICKLITZ fait pour sa part une interprétation plus restrictive de cet arrêt. Selon lui, la CJCE ne contraint pas le juge national à prendre en compte d'office le caractère abusif ; elle ne fait qu'obliger les États membres à laisser cette faculté au juge. Cet auteur se demande toutefois s'il n'est pas des circonstances dans lesquelles la marge d'appréciation du juge est si fortement réduite que celui-ci doit examiner d'office⁶³⁰. Il estime donc que la règle posée dans l'arrêt *Océano*⁶³¹ doit être concrétisée.
- 357 Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence a été critiquée en ce qu'elle constituerait une ingérence du droit communautaire dans le droit procédural des États membres. Certains pensent qu'un examen d'office ne doit avoir lieu que lorsque l'intérêt public est en jeu, cette condition n'étant à leurs yeux pas réalisée en l'espèce⁶³². D'autres affirment que la Communauté ne dispose pas des compétences nécessaires pour ce faire et que l'art. 6 de la Dir. 93/13 ne concerne que le droit matériel⁶³³. A ce dernier argument est opposée la compétence fonctionnelle de la Communauté, qui veut que celle-ci soit habilitée à prendre toute mesure favorisant le marché intérieur⁶³⁴.
- 358 Le second arrêt rendu à ce jour concernant des exigences procédurales à respecter en matière de clauses abusives, l'arrêt *Cofidis*⁶³⁵, avait pour objet un délai de forclusion. Le TI de Vienne considérait qu'une des clauses composant le contrat de crédit à la consommation dont il avait à juger, et qui avait été conclu un peu plus de deux ans et demi auparavant, était abusive. Toutefois, l'art. L. 311-37 du code de la consommation l'empêchait de la déclarer inefficace. En effet, aux termes de cette disposition, « les actions engagées devant lui [le tribunal d'instance] doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ». Le tribunal

⁶²⁸ PFEIFFER, p. 153 ; HAU, p. 97.

⁶²⁹ PFEIFFER, p. 153.

⁶³⁰ Europäisches Vertragsrecht, n° 13.31. L'auteur ne dit pas quelles pourraient être ces circonstances.

⁶³¹ CJCE, aff. C-240 à C-244, 27.06.2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. 2000, p. I-4941.

⁶³² STUYCK, p. 731 ss.

⁶³³ BORGES, p. 935.

⁶³⁴ LEIBLE, p. 427.

⁶³⁵ CJCE, aff. C-473/00, 21.11.2002, *Cofidis SA contre Jean-Louis Fredout*, Rec. 2002, p. I-10875.

précité posa à la CJCE, par voie préjudicielle, la question de la compatibilité de cette norme avec la Dir. 93/13.

359 Citant les passages topiques de l'arrêt *Océano*⁶³⁶, la CJCE rappelle que le consommateur qui s'abstient d'invoquer une clause abusive, soit par ignorance, soit parce que les coûts d'une action en justice l'en dissuaderaient, doit aussi bénéficier de la protection de la directive⁶³⁷. Elle en déduit que dans les procédures s'appliquant à des litiges qui entrent dans le champ d'application de cette dernière, « *la fixation d'une limite temporelle au pouvoir du juge d'écartier, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, de telles clauses est de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection voulue par les articles 6 et 7 de la directive* »⁶³⁸. Car il suffit au professionnel d'attendre l'expiration du délai de forclusion pour réclamer l'exécution de clauses contractuelles contre lesquelles le consommateur ne peut alors plus rien⁶³⁹. C'est pourquoi une telle disposition procédurale est de nature à rendre « *excessivement difficile [...] l'application de la protection que confère la directive aux consommateurs* »⁶⁴⁰. Enfin, la Cour réfute un argument qu'avait fait valoir le professionnel et selon lequel des délais de forclusion plus brefs avaient été jugés admissibles par la jurisprudence. Elle affirme, faisant référence à un arrêt antérieur⁶⁴¹, que « *chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »⁶⁴².

360 En mentionnant l'« effectivité », la CJCE n'innove pas. Elle ne fait qu'appliquer un principe qu'elle a créé en 1976 et peu à peu développé depuis lors. Celui-ci constitue une limite à l'autonomie procédurale des États membres, puisqu'il affirme (1) que les conditions posées pour faire valoir des droits fondés sur le droit communautaire ne doivent pas être plus défavorables que celles posées pour des actions similaires se fondant sur le droit national⁶⁴³

⁶³⁶ CJCE, aff. C-240 à C-244, 27.06.2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero*, Rec. 2000, p. I-4941.

⁶³⁷ Consid. 32 à 34.

⁶³⁸ Consid. 35.

⁶³⁹ Consid. 35.

⁶⁴⁰ Consid. 36.

⁶⁴¹ CJCE, aff. C-312/93, 14.12.1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contre Etat belge*, Rec. 1995 p. I-4599.

⁶⁴² Consid. 37.

⁶⁴³ Arrêts *Rewe*, (CJCE, aff. 33/76, 30.11.1976, *Rewe Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Rec. 1976, p. 1989) et

et (2) qu'une disposition procédurale nationale ne doit pas rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire⁶⁴⁴.

- 361 Grâce à ce principe, la CJCE a examiné des règles en matière de preuves, l'efficacité de sanctions nationales en cas de violation du droit communautaire ; elle s'est aussi demandé si des règles de procédure excessivement compliquées font obstacle au droit communautaire et s'il s'impose que les tribunaux puissent revoir les décisions d'autorités administratives disposant d'un pouvoir d'appréciation. C'est dire si le champ d'application de l'« effectivité » est étendu et encore largement inexploité. METZGER résume bien la situation lorsqu'il affirme: « [...] *müssen die Mitgliedstaaten damit leben, dass letztlich jede Norm, die für die Wahrnehmung gemeinschaftsrechtlicher Ansprüche von Bedeutung ist, auf der Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes in Frage gestellt werden kann* »⁶⁴⁵. Aussi peut-on s'attendre à de nouveaux (et peut-être nombreux) arrêts en la matière⁶⁴⁶.

Chapitre 4 : Synthèse

- 362 La directive 93/13 a donné lieu à relativement peu de jurisprudence de la CJCE. Aussi, les seules sources permettant d'interpréter et de compléter ce texte sont presque exclusivement d'origine doctrinale.

§ 1 *Champ d'application personnel*

- 363 Le champ d'application de cette directive se limite aux *contrats passés entre un professionnel et un consommateur*. Ce dernier est défini comme une personne physique agissant « à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Pour opérer cette qualification, il faut tenir compte de toutes les circonstances objectivement reconnaissables qui entourent la conclusion du contrat ; des problèmes particuliers se posent lorsqu'un bien peut être utilisé aussi bien à des fins privées que professionnelles. Un professionnel au sens de la directive est une personne physique ou morale offrant des biens ou services sur le marché, de manière durable, pour en retirer un bénéfice ou, à tout le moins, couvrir ses coûts. Encore faut-il qu'il y ait un

Comet, (CJCE, aff, 45/76, 16.12.1976, Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen, Rec. 1976, p. 2043).

⁶⁴⁴ CJCE, aff. C-312/93, 14.12.1995, Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contre Etat belge, Rec. 1995 p. I-4599.

⁶⁴⁵ Europäischer Verbraucherschutz, p. 162.

⁶⁴⁶ ROTT voit par exemple des implications possibles de ce principe en matière d'actions de protection des consommateurs (p. 7 s.).

rapport matériel, objectivement reconnaissable, entre l'activité de cette personne et l'objet du contrat. La doctrine est divisée quant à savoir si et dans quelle mesure le travailleur doit être considéré comme un professionnel.

§ 2 *Champ d'application matériel*

364 Matériellement parlant, la directive 93/13 appréhende tous les contrats portant sur des biens et services. Est discutée la question de savoir si cela exclut les conventions ayant pour objet des immeubles. Cependant, ne sont visées que les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Cela signifie que le consommateur n'est pas protégé lorsqu'il a pu avoir une réelle influence sur le contenu du contrat. Tel est le cas uniquement lorsque le professionnel est disposé à modifier ses clauses, voire à les supprimer. La modification d'une clause a valeur d'indice de négociation individuelle. Pour le surplus, l'art. 3 de la directive fournit les précisions suivantes: 1) la négociation individuelle d'une ou plusieurs clauses ne préjuge en rien de la qualification d'autres clauses du même contrat et 2) lorsqu'une clause a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a de ce fait pas pu avoir d'influence sur son contenu, elle est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Sont exclues du champ d'application matériel les clauses reflétant des dispositions légales impératives (la doctrine étant divisée quant à savoir si cette notion vise également les normes de droit dispositif), celles concernant l'objet principal du contrat et celles sur le rapport entre prix et prestation. L'« objet principal » est, à en croire la doctrine, la désignation des biens et services d'après leur genre, leur qualité et leur quantité ou encore « ce que le consommateur reçoit en échange de son argent ». La référence au rapport entre prix et prestation signifie que l'on ne doit guère (voire pas du tout) accorder d'importance, pour juger du caractère déséquilibré de telle ou telle clause, au rapport « qualité/prix » institué par le contrat dans son ensemble.

§ 3 *Contrôle du contenu*

365 *Le contrôle du contenu* est traité par les art. 3 s. de la directive ainsi que par une liste « indicative et non exhaustive » annexée à cette dernière. En substance, l'art. 3 considère comme abusive toute clause non négociée 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 ». L'art. 4 précise qu'il faut, pour tenir compte du caractère abusif d'une clause, prendre en compte : la nature des biens ou services qui font

l'objet du contrat, les circonstances qui entourent sa conclusion et toutes les clauses du contrat ou d'un autre contrat dont il dépend.

- 366 Le déséquilibre dont il est question peut être non seulement formel, mais aussi matériel. Il se détermine, pour certains, par rapport au droit dispositif ; en outre, il peut prendre plusieurs formes et sa cause importe peu. Il est évidemment malaisé de dire ce qu'est un déséquilibre « significatif » : pour certains, il faut que les désavantages l'emportent clairement sur les avantages alors que pour d'autres, la question dépend du sentiment d'équité que reflète la disposition à laquelle la clause déroge. L'exigence de bonne foi est également délicate à définir, notamment quant à sa portée : s'agit-il d'un élément central ou, au contraire, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations fait-il présumer le caractère abusif, la notion de bonne foi ayant pour seule fonction la possibilité de renverser, le cas échéant, cette présomption ?
- 367 Les avis divergent quant à la valeur juridique de la liste annexée. Ainsi, pour la doctrine, les clauses y figurant sont présumées (présomption simple) abusives ; pour la jurisprudence, la présence dans la liste d'une clause n'a qu'une valeur d'indice ; enfin, pour la Commission européenne, la liste est purement indicative. Quoi qu'il en soit, la CJCE a rendu un jugement qui, de fait, oblige les États membres à la transposer. Quant à son contenu, la liste traite 1) de clauses sur la naissance de la relation contractuelle et la modification unilatérale du contrat (engagement unilatéral, fiction d'adhésion au contrat, modification unilatérale du contrat, modification unilatérale de l'objet du contrat, fixation unilatérale du prix, droit de déterminer la conformité au contrat et d'interpréter celui-ci), 2) de clauses sur les limites à la restriction des droits du consommateur (en cas de mauvaise exécution de la part du professionnel, obligation de verser une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé, obligation unilatérale d'exécuter ses prestations, mort d'un consommateur ou dommage corporel, restriction du pouvoir de représentation), 3) de clauses sur la fin du contrat (frais en cas de renonciation au contrat, avantages unilatéraux en cas de résiliation, résiliation sans préavis raisonnable, prorogation automatique du contrat), et 4) d'autres clauses (cession du contrat, accès à la justice).
- 368 De cette liste, ainsi que de l'analyse de directives communautaires relevant du droit privé, il est possible de tirer un certain nombre de principes, à savoir : proportionnalité, équilibre, accord contractuel, protection de l'équivalence, effet contraignant de la convention, transparence, maintien de la protection prévue par la loi et réalisation du but du contrat. L'art. 4 de la directive soulève principalement deux questions. Il s'agit tout d'abord de la prise en compte d'autres dispositions contractuelles au moment de juger du caractère abusif d'une clause ; à cet égard, la doctrine n'admet qu'avec réserve la

« compensation » d'une clause défavorable au client par une autre qui lui serait favorable. Il s'agit ensuite de l'importance à accorder, pour juger du caractère abusif d'une clause préformulée, à des critères individuels. Certains refusent la prise en compte de tels facteurs. Ils considèrent en substance que celle-ci est mauvaise en termes de prévisibilité du droit, nuit au contrôle préventif des CGA et ne se concilie pas avec l'effet de standardisation que recherche forcément l'utilisateur de CGA. Mettant fin à des controverses doctrinales sur ce sujet, la CJCE considère qu'elle n'est pas compétente pour se prononcer directement sur le caractère abusif de telle ou telle clause qui lui serait soumise ; elle motive sa décision sur la distinction entre interprétation et application du droit communautaire.

§ 4 *Transparence*

369 L'art. 5 de la directive consacre le principe dit de la « transparence » (« Dans les contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible »). Ce principe vise à assurer au consommateur la possibilité de saisir le sens des clauses préformulées. Il veut en particulier éviter que le professionnel ne tire avantage de clauses ambiguës. Selon les auteurs, le manque de lisibilité d'une clause, la langue utilisée, voire l'absence de possibilité, pour le consommateur, de prendre connaissance des clauses, peuvent ne pas satisfaire aux exigences de l'art. 5. La sanction liée à un manque de transparence est, aux termes de la directive, l'interprétation *contra stipulatorem*. Certains auteurs veulent toutefois aller plus loin et estiment qu'une clause pourrait ne pas être valable si elle n'est pas suffisamment transparente.

§ 5 *Sanctions*

370 Si une clause est abusive, elle est en principe inefficace et ce de plein droit. Autrement dit, elle est nulle, les États membres ne pouvant pas prévoir que le consommateur doit invalider la clause. Une clause peut être scindée en une partie valable et une autre nulle, si cela est matériellement possible. En cas de nullité d'une ou plusieurs clauses, le reste du contrat doit subsister, sauf si : 1) une partie si essentielle du contrat devait être supprimée qu'elle ne puisse plus être rétablie par complètement du contrat ou 2) le contrat amputé de ses parties nulles deviendrait insupportable pour une des parties.

- 371 L'art. 6 de la directive oblige les États membres à prendre les dispositions nécessaires pour que ce texte ne perde pas son efficacité par une élection en faveur d'un droit extra-communautaire.
- 372 Enfin, selon la jurisprudence de la CJCE, doit être reconnue au juge la faculté d'appliquer d'office le droit national transposant la directive 93/13.

PARTIE 4 : DROIT FRANÇAIS

Chapitre 1 : Introduction

373 Nous débiterons l'examen du droit français en mentionnant rapidement quelques dispositions et principes généraux du droit commun (en particulier la cause) susceptibles de faire obstacle, dans certains cas, à l'efficacité d'une clause intégrée dans des CGA (chapitre 2). Puis nous nous focaliserons sur les dispositions du Code de la consommation qui transposent en droit français la dir. 93/13 (chapitre 3). Après un bref aperçu historique (§ 1), nous évoquerons la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995. Nous examinerons en premier lieu le champ d'application personnel de la loi (I.), dont nous verrons qu'il pose d'épineux problèmes, puis passerons à son champ d'application matériel (II.). Nous dirons ensuite quelques mots de règles d'intégration créées par les tribunaux (III.). Après cela nous nous attarderons sur la détermination du caractère abusif d'une clause (IV.), en nous risquant notamment à une analyse de la jurisprudence. Avant d'en arriver aux conséquences du caractère abusif d'une clause (VI.), nous aborderons encore la problématique de la transparence (V.). Il faut ici signaler que le législateur français a introduit récemment des modifications relativement importantes (introduction d'une liste « noire » et d'une liste « grise ») dans le droit des clauses abusives, qui entreront en vigueur début 2009⁶⁴⁷.

Chapitre 2 : Dispositions générales

§ 1 *Enrichissement sans cause*

374 La théorie de l'enrichissement sans cause est une institution de droit prétorien qui s'est formée en dehors de toute base légale. Cette action, dénommée *in rem verso*, a été « découverte » par la Cour de cassation, dans un arrêt de principe datant de la fin du 19^e siècle⁶⁴⁸. Elle visait les cas dans lesquels le patrimoine d'une personne se trouvait, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne qui ne disposait pas d'une action

⁶⁴⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie (www.clauses-abusives.fr/txt/L132-1nouveau.htm). Ce texte entrera en vigueur à compter de la publication du décret en Conseil d'Etat, au plus tard le 1^{er} janvier 2009.

⁶⁴⁸ Req., 15.06.1892, Dalloz 1892, 1, p. 596.

spécifique pour obtenir ce qui lui était dû^{634a}. Elle a depuis lors considérablement évolué.

- 375 En effet, si le fondement de cette action – le principe d'équité – demeure, les conditions d'existence de celle-ci ont changé. A l'origine, aucune condition spécifique n'avait été posée : celui qui s'était appauvri était *ipso facto* habilité à agir contre celui qui s'était enrichi injustement. Au fil du temps, les tribunaux sont devenus plus sévères ; de jurisprudence constante, ils exigent aujourd'hui que cinq conditions soient remplies cumulativement, à savoir : (1) un appauvrissement, un enrichissement et une corrélation entre ces deux éléments (2) une absence de toute faute de la part de l'appauvri, (3) une absence d'intérêt personnel de l'appauvri, (4) une absence de cause d'enrichissement et (5) l'absence d'une autre action.
- 376 Par définition, la subsidiarité de l'action en limite fortement la portée. Elle fait d'emblée douter de l'efficacité d'un tel instrument. Mais c'est l'absence de cause d'enrichissement, telle qu'elle est interprétée par les juges, qui rend l'action *in rem verso* totalement inopérante en matière contractuelle : un droit tiré d'une convention ou de toute situation légale quelconque constitue en effet une cause d'enrichissement⁶⁴⁹.

§ 2 Lésion

- 377 La lésion n'est pas non plus à même d'apporter une solution, même partielle, au problème. Car le droit français ne l'admet qu'à des conditions draconiennes et que dans des hypothèses exceptionnelles. L'art. 1118 C. civ. a la teneur suivante : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* ».
- 378 Si le contractant est capable, les principales hypothèses dans lesquelles la lésion peut intervenir sont le partage et la vente d'immeubles. Et dans ce dernier cas, la lésion doit atteindre un taux minimum de sept douzièmes ; au surplus, la rescision n'est ouverte qu'au vendeur⁶⁵⁰. Les autres contrats que des lois spéciales rendent susceptibles d'être lésionnaires jouent, dans la vie des affaires, un rôle tout à fait anecdotique. Il s'agit de la vente d'engrais et diverses autres denrées destinées à l'agriculture⁶⁵¹, l'assistance et le sauvetage

^{634a} JACOB/TISSERAND-MARTIN/VENANDET/WIEDERKEHR/HENRY, art. 1371, II., A., 1°, 1^{quater}.

⁶⁴⁹ Cass., civ. 18.10.1898, Dalloz Périodique 1899. 1. 105 ; Cass. Civ. 17.05.1944, Sirey Journal du Palais 1944. 1. 132.

⁶⁵⁰ Art. 1674 C. civ.

⁶⁵¹ Loi du 8 juillet 1907, modifiée par les lois du 10 mars 1937 et du 13 juillet 1979.

maritime⁶⁵², la propriété littéraire et artistique⁶⁵³ (mais seule la cession d'une œuvre à titre forfaitaire est visée et là encore, il faut une disproportion égale ou supérieure à sept douzièmes), ainsi que le statut de la copropriété des immeubles bâtis⁶⁵⁴.

§ 3 *Abus de droit*

- 379 La notion d'abus de droit ne connaît aucun ancrage législatif en droit français. Elle n'est pas facile à cerner. L'affirmation, généralement admise, selon laquelle l'abus est une variété de faute dans l'exercice du droit, génératrice de responsabilité contractuelle, n'est pas d'un grand secours, puisque la problématique de l'abus consiste précisément à se demander dans quel cas l'exercice d'un droit est à considérer comme une faute⁶⁵⁵.
- 380 Les cas typiques d'abus de droit sont l'abus de la propriété (construction d'une fausse cheminée, propriétaire qui érige des piques métalliques sur son terrain dans le seul but d'empêcher son voisin aviateur de décoller), l'abus du droit d'agir en justice, l'abus du droit de rompre un contrat sans motifs légitimes, la rupture abusive de pourparlers, les abus de majorité ou de minorité en droit des sociétés⁶⁵⁶.
- 381 Plus récemment s'est opéré un rapprochement entre exécution abusive et exécution de mauvaise foi, cette dernière étant proscrite par l'art. 1134 al. 3 C. civ. Interprété *a contrario*, un arrêt de la Cour de cassation de 1989⁶⁵⁷ laisse à penser que le juge peut, en se fondant sur l'article précité, refuser de faire application d'une clause claire et précise, à condition de caractériser en quoi elle est constitutive d'un abus de nature à la priver d'effet⁶⁵⁸. Mais cette jurisprudence a été par la suite démentie⁶⁵⁹.
- 382 L'abus de droit est une institution considérée par la doctrine comme trop floue et « *inadaptée à une justice contractuelle de masse* »⁶⁶⁰.

⁶⁵² Loi du 29 avril 1916, reprise par la loi du 7 juillet 1967.

⁶⁵³ Loi du 22 mars 1957.

⁶⁵⁴ Loi du 10 juillet 1965.

⁶⁵⁵ ANCEL, p. 24.

⁶⁵⁶ ANCEL, p. 26 s.

⁶⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 06.12.1989, in : JCP 1990, II, n° 21 534.

⁶⁵⁸ BLANC, p. 123.

⁶⁵⁹ Voir par exemple : Cass., 1^{re} civ., 17.11.1998, Bull. civ. I n° 322; Cass., 1^{re} civ. 13.11.1996, Bull. civ. I, n° 399.

⁶⁶⁰ PICOD/DAVO, n° 241 et les réf. citées.

§ 4 Cause

- 383 Selon l'art. 1131 C.civ., « *l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».
- 384 La théorie de la cause est l'une des plus discutées du droit français des obligations. L'idée de base est la suivante : la cause est le « pourquoi » de l'obligation, la raison déterminante de celui qui s'oblige, son but. Mais il s'agit uniquement du but immédiat et non des motifs, lesquels sont personnels et donc difficiles, voire impossibles à apprécier⁶⁶¹.
- 385 Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de l'un des partenaires contractuels est l'obligation de l'autre⁶⁶². Ainsi par exemple l'acheteur s'oblige à payer parce que le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose achetée et à livrer cette dernière ; et le vendeur prend ces obligations pour encaisser le prix que l'acheteur s'est engagé à lui payer.
- 386 En théorie, seule l'absence totale de cause – soit une absence de contre-prestation – peut être sanctionnée et non une absence partielle, cette dernière n'affectant pas la validité du contrat. Ainsi, si un contrat est défavorable pour l'une des parties, la théorie de la cause ne lui est en principe d'aucun secours⁶⁶³.
- 387 Pourtant, dans le (très) fameux arrêt *Chronopost*⁶⁶⁴, la Cour de cassation s'est servie de la cause pour déclarer partiellement nulle une disposition contractuelle excessive, en l'occurrence une clause limitative de responsabilité. Les faits, dans cette affaire, étaient très simples : une société avait confié au transporteur Chronopost des plis par lesquels elle se soumettait à une adjudication. Cette dernière société, n'ayant pas procédé à la livraison dans le délai promis, a été actionnée par son cocontractant, auquel elle a opposé la clause contractuelle, insérée dans ses CGA, par laquelle l'indemnisation du retard était limitée au prix du transport. La législation sur les clauses abusives n'était pas applicable, les cocontractants étant tous deux des professionnels. La Cour de cassation a estimé que : « *...spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Blanchereau*

⁶⁶¹ STARCK/ROLAND/BOYER, n° 819.

⁶⁶² Cass. 3^e civ., 01.03.1989, in : JCP 89, IV, n° 176.

⁶⁶³ FABRE-MAGNAN, n° 142, p. 365.

⁶⁶⁴ Cass. Commerciale, 22.10.1996, in : JCP 1997 II 22881. Cet arrêt a donné lieu à une importante controverse, suscitée par une utilisation particulière de la notion de cause. Voir les références citées par D. MAZEAUD, Dalloz 2003, jurisprudence, p. 457 et LOISEAU/BILLAU, JCP 2002 II 10176, note de bas de page n° 5.

dans un délai déterminé et [...] en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris [doit] être réputée non écrite... ». En réalité, il faudrait parler, lorsque l'on évoque l'arrêt auquel nous venons de faire référence, du premier arrêt Chronopost. En effet, la Cour de cassation a eu à connaître ultérieurement d'autres litiges impliquant cette société⁶⁶⁵, dans lesquels la situation de fait était similaire à celle qui vient d'être décrite, et ne s'est jamais déjugée.

- 388 Depuis une décennie environ, la jurisprudence définit de manière plus large l'absence de cause, se référant à la notion d'«économie du contrat». Cette dernière, dénoncée par d'aucuns comme inopportune, voire dangereuse⁶⁶⁶, a des contours bien peu définis. Elle permet de sanctionner les cas dans lesquels une contrepartie fait défaut, ceux dans lesquels un des contractants n'a pas d'intérêt à l'exécution du contrat ; mais elle est également utilisée pour appréhender de manière globale le contenu d'un contrat, voire de plusieurs contrats connexes⁶⁶⁷.

Chapitre 3 : Législation en matière de clauses abusives

§ 1 Historique

- 389 La première législation spécifique aux clauses abusives est la loi du 10 janvier 1978⁶⁶⁸ (art. 35 à 38). Tout type de contrat était contrôlable (al. 3). En re-

⁶⁶⁵ Cass. Commerciale, 30.05.2006, in : Dalloz 2006, p. 2288 ; Cass. Commerciale, 09.07.2002, in : JCP 2002 II 10176.

⁶⁶⁶ MOURY, p. 382 ss et 385 ss.

⁶⁶⁷ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, n° 624.

⁶⁶⁸ Loi n° 78-23 du 10.01.1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, JO 11. 01. 1978, p. 301 ss, dont l'art. 35 disposait : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif. De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites. Ces

vanche, aux termes de l'al. 1, seules certaines clauses étaient susceptibles d'être remises en question, soit celles « *relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions* ». La loi ne s'appliquait qu'aux contrats conclus entre un professionnel d'une part et un consommateur ou non professionnel d'autre part. Pour être considérée comme abusive, une clause devait d'une part avoir été « *imposée [...] par un abus de la puissance économique de l'autre partie* » et d'autre part conférer à l'autre partie un « *avantage excessif* ». Le premier critère correspondait à l'impossibilité de négocier le contrat⁶⁶⁹. De plus, les tribunaux ne pouvaient juger abusives que les clauses interdites par décret, ce qui limitait considérablement leur compétence, ce d'autant que les décrets en la matière sont demeurés fort rares⁶⁷⁰. Toutefois, la Cour de cassation, dans un arrêt très remarqué de 1991⁶⁷¹, s'est affranchie de cette condition.

390 Lors de la création, en 1993, du Code de la consommation, la législation sur les clauses abusives fut intégrée sans changement dans ce texte (art. L. 132-1, 132-2, 132-3, 132-4, 133-1 et 134-1)⁶⁷².

391 Le 1^{er} février 1995, la France a adapté sa législation à la Dir. 93/13⁶⁷³.

392 En 1997, les dispositions du décret de 1978 ont été reprises dans la partie réglementaire du Code de la consommation (art. R. 132-1 et R. 132-2)⁶⁷⁴.

dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies. Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'information du contractant non professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa ».

⁶⁶⁹ TESTU, *Le juge*, p. 203.

⁶⁷⁰ Cf. infra n° 451 ss.

⁶⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 14 05.1991, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁶⁷² Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, JO 26.07.1993, p. 10583 ss.

⁶⁷³ Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JO 02.02.1995, p. 1755 ss.

⁶⁷⁴ Décret n° 97-298, relatif au Code de la consommation (partie réglementaire) du 27 mars 1997, JO 03.04.1997, p. 5123.

§ 2 Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995

I. Champ d'application personnel

393 Le droit français n'appréhende que les contrats conclus entre un professionnel d'une part et un consommateur ou un non professionnel d'autre part (art. L-132 C. consom.); ceux passés entre deux non professionnels ne sont pas soumis à la législation sur les clauses abusives⁶⁷⁵.

1 Professionnel

394 La notion de professionnel n'est définie ni par la loi (pas plus par celle de 1995 que, précédemment, par celle de 1978), ni par la jurisprudence. La doctrine quant à elle estime qu'est un professionnel « *la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service* »⁶⁷⁶. Peu importe la nature de l'activité exercée, pour autant qu'un but lucratif soit recherché⁶⁷⁷.

395 La définition est large, ce qui peut conduire à des résultats parfois inattendus. Ainsi un médecin est à considérer comme un professionnel au sens de ce qui vient d'être dit, si bien que les contrats médicaux sont en principe appréhendés par la loi de 1995⁶⁷⁸.

396 Des problèmes de délimitation peuvent malgré tout survenir. On peut en effet se demander ce qu'il en est d'une personne qui, à côté de son activité professionnelle principale, exerce une activité « accessoire » : la qualification de professionnel est-elle donnée s'agissant d'un contrat relevant de cette seconde catégorie ? La question se pose surtout lorsqu'un particulier donne en location un logement à usage d'habitation. Dans un arrêt de 2000, la cour d'appel de Chambéry⁶⁷⁹ a répondu par l'affirmative s'agissant d'un particulier

⁶⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, n° 97-14.187, JCP G 1999 II n° 10205.

⁶⁷⁶ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, n° 178 ; PICOD/DAVO, n° 254 ; en ce sens également GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, L'application, p. 276 ; pour BRUSCHI, les professionnels sont « les personnes physiques ou morales qui contractent dans l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale, agricole ou autre, du moment qu'elle a un caractère professionnel » (p. 1741) ; pour CHAZAL, le professionnel est « cette personne physique ou morale qui rassemble, exploite et gère des moyens humains et matériels, plus ou moins importants, dans le but de proposer à titre onéreux sur un marché des biens ou des services » (Répertoire, p. 4).

⁶⁷⁷ BAZIN, p. 295.

⁶⁷⁸ BAZIN, p. 296, citant l'exemple de contrats en matière de chirurgie esthétique.

⁶⁷⁹ CA Chambéry, 19.01.2000, Guigi c/CNL-INC n° 34 33, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; voir aussi CA Paris, 15.11.2005, Juris-Data n° 286132.

qui « loue habituellement plusieurs studios ou chambres meublées ». Il semble donc que ce soit le nombre de locaux mis à disposition qui soit déterminant. Toutefois, comme le relève BAZIN, il est discutable de ne se fonder que sur ce critère. Car celui-ci, ne tenant pas compte de l'importance des loyers, dénie la qualité de professionnel au bailleur d'une seule chose mobilière générant un loyer considérable, pour la conférer à un bailleur de plusieurs locaux dont la somme de tous les loyers ne serait que modeste⁶⁸⁰. Cet auteur propose d'appliquer par analogie le critère du rapport direct avec l'activité⁶⁸¹ et précise que cette dernière notion doit « s'interpréter comme tout acte qui participe au processus économique de fabrication, de distribution ou de commercialisation de produits ou de services »⁶⁸². Il admet qu'une telle conception est moins protectrice du locataire, mais affirme qu'elle correspond mieux à la « réalité de l'activité économique »⁶⁸³. En outre, cette manière de procéder permettrait d'affirmer la qualité de professionnel de contractants dont l'activité vise de manière certes non avouée, mais bien réelle, un but lucratif (ainsi qu'il en va parfois d'associations)⁶⁸⁴. Cette seconde catégorie de cas démontre bien qu'un tel critère peut également contribuer à étendre la notion de professionnel et n'est donc pas systématiquement défavorable au consommateur.

2 *Consommateur ou non professionnel*

2.1 *Généralités*

397 Ces notions ne sont pas non plus définies par la loi. Le législateur français, suivant une opinion émise par la Commission sur les clauses abusives, a préféré laisser aux tribunaux le soin de les préciser, car « mieux vaut laisser se développer la jurisprudence qui présente une souplesse que ne pourrait revêtir aucune définition, sauf à la compliquer tellement qu'il s'agirait en réalité d'une non définition »⁶⁸⁵.

398 Il convient de déterminer si les deux termes utilisés sont synonymes ou si, au contraire, le second a une portée propre. Une interprétation littérale conduit à la seconde solution. En effet, si la loi de 1978 s'appliquait aux clauses imposées aux « non professionnels ou consommateurs », la loi de 1995 concerne celles stipulées « au détriment du non professionnel ou du [c'est

⁶⁸⁰ P. 300.

⁶⁸¹ Ce critère est utilisé par la jurisprudence pour déterminer la qualité de consommateur ou de non professionnel. Cf. infra n° 409 ss.

⁶⁸² P. 298.

⁶⁸³ P. 301.

⁶⁸⁴ BAZIN, p. 299.

⁶⁸⁵ BOCC 1993, p. 86-87,

nous qui soulignons] consommateur », confirmant que le second terme n'est pas une redondance⁶⁸⁶. Certains auteurs sont d'avis contraire. Ils se fondent sur la systématique de la loi et sur les travaux préparatoires⁶⁸⁷. La Cour de cassation a, dans un arrêt de 2005, jugé que ces deux notions sont distinctes, notamment pour les syndicats de copropriétaires par exemple, qui ne sont ni consommateurs, ni professionnels⁶⁸⁸.

- 399 Toutefois, jurisprudence et doctrine n'opèrent pas véritablement de distinction ; lorsqu'elles accordent (ou non) à un contractant le bénéfice de la législation sur les clauses abusives, elles ne précisent souvent pas à quel titre elles le font, se contentant de dire que celui-ci (ne) peut (pas) être qualifié de consommateur ou de non professionnel.
- 400 La question de savoir qui doit être considéré comme la partie faible au contrat, soit au titre de consommateur soit à celui de non professionnel, est source de controverses et a généré un important contentieux. Cela est dû principalement au fait que, devant l'insuffisance de la protection qu'offre le droit commun, beaucoup de contractants cherchent leur salut dans la législation sur les clauses abusives⁶⁸⁹.
- 401 CALAIS-AULOY/STEINMETZ résumant bien la problématique lorsqu'ils indiquent que l'unanimité s'est établie autour d'un « *noyau dur* » et que les problèmes ne concernent que « *quelques extensions* ». En effet, personne ne conteste que « *a la qualité de consommateur et bénéficie donc des règles sur les clauses abusives la personne qui se procure un bien ou un service pour un usage non professionnel, donc pour un usage personnel ou familial* ». Les débats portent sur la question – pour le moins paradoxale en apparence – de savoir si un professionnel (notamment une personne morale), peut être considéré parfois comme un non professionnel.
- 402 Dans certains cas, lorsqu'un professionnel conclut un contrat en cette qualité, mais hors de son domaine d'activités habituelles, la tentation peut être grande de vouloir le protéger au même titre qu'un consommateur. En effet, dans bien des cas, le professionnel est alors aussi inexpérimenté que ce dernier. Les tribunaux tiennent compte de cet état de « faiblesse » dans une certaine mesure. La jurisprudence en la matière a retenu successivement plusieurs critères.

⁶⁸⁶ PAISANT, Les clauses abusives et la présentation, p. 101.

⁶⁸⁷ PICOD/DAVO, n° 254.

⁶⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 15.03.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁶⁸⁹ RAYMOND, Juris-classeur, p. 8 ; en ce sens également CHAZAL, Répertoire, p. 4 ; BAKOUCHE, L'application, p. 856.

2.2 Professionnel agissant comme un non professionnel

A. Différents critères utilisés avant 1995

- 403 Dans un arrêt du 15 avril 1986, la Cour de cassation refusa d'accorder la protection de la loi de 1978 à un courtier d'assurances qui avait fait fabriquer des fourres pour annuaires téléphoniques, qu'il distribuait gratuitement à ses clients à des fins publicitaires. La haute cour a considéré que « *l'intéressé avait traité en qualité de professionnel de l'assurance et pour la publicité de son cabinet, circonstance d'où il résultait que cette loi n'était pas applicable* »⁶⁹⁰.
- 404 Puis la Cour de cassation a estimé, dans une décision du 28 avril 1987⁶⁹¹, qu'un courtier en immobilier, qui acquiert une alarme pour son local professionnel, doit être protégé par les dispositions de la loi précitée. Car, en raison de la particularité du produit acheté, le courtier se trouve « *dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur* » ; un tel contrat n'est pas conclu « *dans le cadre des compétences générales nécessaires à la conduite de son commerce* ».
- 405 Le 3 mai 1988, cette même Cour⁶⁹², se prononçant sur le champ d'application de la loi sur le démarchage à domicile⁶⁹³, a opéré une distinction entre les « *actes de profession* » et les « *actes simplement relatifs à l'activité professionnelle* », seul ce dernier type d'actes permettant au contractant qui l'accomplit de se prévaloir de la loi. Appartient à cette catégorie l'achat, par un prêtre, d'une photocopieuse destinée à sa communauté ecclésiastique.
- 406 Quatre ans plus tard, à nouveau en matière de démarchage à domicile, la Cour de cassation⁶⁹⁴ sembla faire une application des deux critères qu'elle avait utilisés précédemment. En effet, dans le cas d'un commerçant qui avait acheté un système d'alarme pour ses locaux professionnels, elle a indiqué d'une part qu'un tel contrat n'entre pas dans le cadre des « *ventes proposées pour les besoins d'une activité professionnelle* » et d'autre part qu'il s'agit d'un acte « *échappant à la compétence professionnelle du client qui se trouve dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur* ».

⁶⁹⁰ JCP 1986 IV p. 174.

⁶⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 28.04.1987, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁶⁹² Cass. 1^{re} civ., 03.05.1988, D 1988, somm. P. 407 s.

⁶⁹³ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, Dalloz (législation) 1973, 16 dans sa version originale. Ce texte a été modifié par la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989.

⁶⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 25.05.1992, JCP 1992 IV 2142, D 1992 somm. p. 401 s.

- 407 Peu après, dans deux arrêts toujours relatifs au démarchage à domicile, la haute cour a semblé privilégier le critère de la compétence professionnelle, niée tant pour le plombier qui avait conclu un contrat d'assurance⁶⁹⁵ que pour l'agriculteur ayant acquis un extincteur⁶⁹⁶.
- 408 Puis dans deux jugements proches temporellement et concernant tous deux la loi de 1978, la Cour de cassation refusa d'appliquer celle-ci, sans se référer expressément aux compétences professionnelles. Dans le premier cas, il s'agissait d'un arboriculteur qui avait acheté plusieurs milliers de pommiers à un pépiniériste⁶⁹⁷ ; dans le second, d'un boulanger qui avait conclu un contrat portant sur une machine servant à fabriquer des crèmes glacées⁶⁹⁸. La haute cour ne fit pas non plus allusion au critère de la compétence lorsqu'elle refusa d'assimiler à un consommateur au sens de la loi de 1978 un grossiste qui avait conclu avec sa banque un contrat portant sur le recouvrement de ses créances⁶⁹⁹.

B. Nécessité d'un rapport direct (avec l'activité professionnelle)

a. Jurisprudence de la Cour de cassation

- 409 C'est dans un arrêt du 24 janvier 1995⁷⁰⁰ que la Cour de cassation a utilisé pour la première fois le critère dont elle se sert depuis lors⁷⁰¹. Elle avait à se prononcer sur l'applicabilité de la loi de 1978 à une imprimerie qui élevait des prétentions contre EDF en raison d'une panne de courant. Elle répondit négativement, au motif que le contrat en question avait « *un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant [fournisseur du service]* ». La notion de « *rapport direct* » est issue de la loi sur le démarchage à domicile, dans sa version révisée de 1989⁷⁰².
- 410 La jurisprudence rendue depuis lors par la haute cour se caractérise par une grande sévérité : le rapport direct a presque toujours été affirmé. Il en va ainsi

⁶⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 20.10.1992 et 06.01.1993, JCP 1993 II 22007.

⁶⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 20.10.1992 et 06.01.1993, JCP 1993 II 22007.

⁶⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 24.11.1993, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁶⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 02.02.1994, D 1994, somm. p. 236.

⁶⁹⁹ Cass. Com., D 1995, somm. p. 89.

⁷⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 24.01.1995, D 1995, jur. p. 327.

⁷⁰¹ Il est vrai que dans un jugement rendu moins d'un mois plus tard (Cass. 1^{re} civ., 21.02.1995, JCP éd. E, 1995, II, 728), la Cour de cassation a utilisé une formule un peu différente, refusant la protection de la loi de 1978 à un commerçant qui avait loué un véhicule automobile, parce que ce contrat avait été passé « pour les besoins de son entreprise ».

⁷⁰² Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989.

du contrat de fourniture d'eau conclu par une verrerie⁷⁰³, de la location de matériel téléphonique par une manufacture de bracelets de cuir⁷⁰⁴, d'un contrat d'assurance conclu par une société de location de bateaux⁷⁰⁵, de celui portant sur un pivot d'arrosage utilisé par un groupement agricole⁷⁰⁶, ou encore d'une convention ayant pour objet la « gestion du marketing clients » et passée par une société (dont on ignore le type d'activité)⁷⁰⁷, d'un emprunt contracté par la Fédération française d'athlétisme pour financer l'acquisition et l'aménagement d'un nouveau siège social⁷⁰⁸. Ayant eu à connaître d'un litige opposant une banque à un pharmacien-biologiste qui avait acquis par crédit-bail un voilier de plaisance qu'il donnait en location, la Cour de cassation a en outre jugé que les compétences professionnelles de l'intéressé n'avaient pas à être vérifiées, celui-ci ayant « *conclu l'opération litigieuse en qualité de loueur professionnel de bateaux selon le document établi à l'intention de l'administration fiscale* »⁷⁰⁹. En revanche, elle a estimé qu'il n'y a pas de lien direct entre l'acquisition d'une photocopieuse et l'activité pastorale d'un curé qui utilise cet appareil pour les besoins de la paroisse⁷¹⁰. Mais ce dernier arrêt n'a pas été publié au recueil officiel, ce qui amène d'aucuns à minimiser sa portée⁷¹¹.

b. Jurisprudence des instances inférieures⁷¹²

b.a Présentation

411 La jurisprudence des instances inférieures est très riche ; elle ne peut être examinée ici dans son intégralité⁷¹³. Son examen appelle deux remarques générales. Tout d'abord, l'existence d'un rapport direct est souvent admise. Il en est allé ainsi par exemple de l'agriculteur qui avait fait construire un

⁷⁰³ Cass. 1^{re} civ., 03.01.1996, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 01.01.1996, CLAB FR000625.

⁷⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 23.02.1999, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 10.07.1996, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 30.01.1996, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 27.09.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 22.05.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 08.07.2003, in : JCP G 2004, II, 10107.

⁷¹¹ BAKOUCHE, L'application, p. 858.

⁷¹² Il faut préciser ici que parfois, les juges des instances inférieures continuent d'utiliser d'autres critères, tel celui des besoins de l'activité. Voir par exemple CA de Paris 02.05.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; CA de Paris 06.12.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷¹³ Il est tenu compte des arrêts figurant sur le site www.clauses-abusives.fr qui ont été rendus postérieurement à 1999 ; il n'est pas tenu compte de la jurisprudence, considérable, des tribunaux d'instance.

bâtiment pour y stocker de grandes quantités de paille⁷¹⁴, d'un pharmacien qui avait loué un afficheur cyclique servant à la diffusion de publicité à destination des clients de la pharmacie⁷¹⁵, d'un centre d'affaires qui avait acquis un groupe électrogène⁷¹⁶ ou encore du tenancier d'un bar qui avait acquis une machine à glace⁷¹⁷. S'agissant d'installation téléphonique, il y a un rapport direct avec l'activité d'une entreprise de photocomposition numérique⁷¹⁸ ou d'un agent immobilier⁷¹⁹ qui conclut un tel contrat. Le commerçant qui acquiert un lecteur de chèque ne peut pas être assimilé à un consommateur⁷²⁰, pas plus que le gérant qui obtient un prêt pour un véhicule nécessaire à ses déplacements⁷²¹. En revanche, il n'y a pas de rapport direct entre l'activité d'un collègue et la location d'une photocopieuse⁷²². Les contrats ayant trait à l'informatique sont en rapport direct avec l'activité d'une entreprise de fabrication et commerce de gros de produits d'entretien pour l'aménagement et l'habitat⁷²³, une entreprise vendant des machines destinées à l'industrie de la boulangerie⁷²⁴ et un établissement bancaire⁷²⁵.

- 412 Ensuite, la jurisprudence laisse apparaître des contradictions. Cela n'est pas vraiment surprenant puisque les juges du fond sont souverains dans l'appréciation de l'existence ou non d'un rapport direct ; cela revient à dire que la Cour de cassation ne revoit pas, sur ce point, les jugements qui lui sont soumis. On peut dès lors constater de nombreuses divergences, voire incohérences. A titre d'exemple, nous mentionnerons, s'agissant de l'installation et de la location d'un système d'alarme, qu'ont été assimilés à un consommateur un fleuriste⁷²⁶, un hôtelier⁷²⁷, un commerçant pratiquant la restauration rapide⁷²⁸, un artisan boucher⁷²⁹, un viticulteur⁷³⁰, un laboratoire⁷³¹, ou un conseiller en économie de la construction⁷³²; tel n'a en

⁷¹⁴ CA de Paris, 09.09.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷¹⁵ CA de Paris, 04.02.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷¹⁶ CA de Paris, 06.12.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷¹⁷ CA de Paris, 01.02.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷¹⁸ CA de Paris, 29.05.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷¹⁹ CA de Paris, 16.06.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷²⁰ CA de Grenoble, 11.10.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷²¹ CA de Lyon, 05.11.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷²² CA de Nîmes, 20.06.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷²³ CA de Paris, 02.05.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷²⁴ CA de Aix-en-Provence, 26.03.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷²⁵ CA de Paris, 19.02.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.
⁷²⁶ CA d'Agen, 09.10.1995, Juris-Data n° 1995-046797.
⁷²⁷ CA de Toulouse, 17.11.1999, Juris-Data n° 1999-101862.
⁷²⁸ CA de Metz, 13.04.2000, Juris-Data n° 2000-158133.
⁷²⁹ CA de Toulouse, 06.02.2001, JCP G 2001, IV, 2953 ; Juris-Data n° 2001-135142.
⁷³⁰ CA de Dijon, 23.03.2000, Juris-Data n° 2000-154845.
⁷³¹ CA de Reims, 19.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

revanche pas été le cas d'un loueur de matériel de sports d'hiver⁷³³, d'un masseur kinésithérapeute⁷³⁴, d'un coiffeur⁷³⁵, d'un blanchisseur⁷³⁶, d'un boulanger⁷³⁷, ou d'un buraliste⁷³⁸. Mieux encore : toujours en relation avec un système d'alarme, un médecin peut tantôt bénéficier de la protection de la loi⁷³⁹ et tantôt ne le peut pas⁷⁴⁰ ; la même observation est valable pour un avocat⁷⁴¹ ou un commerçant⁷⁴². Il a aussi été jugé que le tenancier d'un bar démarché pour l'installation et la maintenance d'un téléphone à pièces doit être écarté du bénéfice de la loi⁷⁴³, tandis que l'exploitant d'une pizzeria est pour sa part protégé⁷⁴⁴.

b.b *Tentative de systématisation*

- 413 Mais bien entendu, une telle disparité ne se vérifie pas toujours. Après avoir examiné de très nombreux arrêts, HENRY forme six grandes catégories de décisions⁷⁴⁵. S'agissant tout d'abord de celles ayant trait à « *l'activité spécifique du professionnel, son domaine de spécialité* », cet auteur observe que le lien direct est presque systématiquement admis pour les contrats relatifs à des machines ou outils nécessaires à cette activité. En revanche, il constate que les solutions divergent plus pour les contrats « *nécessaires à la production, l'approvisionnement en énergie ou en eau* ». Lorsqu'un contrat se rapporte au financement de l'activité, les tribunaux admettent généralement l'existence d'un lien direct avec l'activité. Les conventions qui « *ont pour objectif de*

⁷³² CA de Versailles, 21.01.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷³³ CA de Lyon, 18.09.1998, in : Contrats, conc., consom. Juillet-août 1999, comm. 119.

⁷³⁴ CA d'Aix-en-Provence, 20.06.2001, Juris-Data n°2001-148710.

⁷³⁵ CA d'Amiens, 06.04.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷³⁶ CA de Pau, 06.12.2001, Juris-Data n° 2001-169076.

⁷³⁷ CA de Lyon, 09.11.2001, Juris-Data n° 2001-181145.

⁷³⁸ CA de Paris, 26.11.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷³⁹ CA de Grenoble, 27.09.1999, Juris-Data n° 1999-102501.

⁷⁴⁰ CA de Rennes, 18.01.2002, Juris-Data n° 2002-170867.

⁷⁴¹ Assimilé à un consommateur par le TGI de Grasse, 12.02.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; contra : CA d'Aix-en-Provence, 26.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷⁴² Rapport direct affirmé par la CA d'Aix-en-Provence, 19.03.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr et par la CA de Grenoble, 27.09.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; rapport direct nié par la CA de Pau, 19.06.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁷⁴³ CA de Toulouse, 07.12.1988, Juris-Data n° 2001-168322 ; CA de Rennes, 06.07.2001, Juris-Data n° 2001-168549.

⁷⁴⁴ CA de Nîmes, 22.11.2001, Juris-Data n° 2001-168549.

⁷⁴⁵ P. 2559 s. Les six catégories sont une subdivision d'une typologie tripartite (avant, pendant et après l'activité) qui est la *summa divisio*.

favoriser l'activité, en la faisant connaître ou en améliorant son image », en particulier celles portant sur la publicité, sont presque toujours considérées comme étant en rapport direct avec l'activité. De grandes divergences sont à constater quant aux contrats en matière de systèmes de protection (surveillance, alarme, etc.). Il en va de même de ceux ayant pour but d'assurer la gestion administrative de l'entreprise (acquisition de photocopieuse, matériel de téléphonie notamment), même si une certaine unité se dégage pour affirmer que l'acquisition de matériel informatique est en rapport direct avec l'activité. Le dernier groupe examiné par HENRY est constitué des contrats conclus pour satisfaire les besoins des salariés. Il est généralement décidé que ceux-ci n'ont pas de rapport direct avec l'activité.

- 414 Se fondant sur d'autres critères, PAISANT décèle deux courants jurisprudentiels, comprenant chacun une variante⁷⁴⁶. Le premier courant dénie l'existence d'un rapport direct lorsque le professionnel agit « *en dehors de son domaine de compétence* ». Cet auteur relève que ce critère est en contradiction avec la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation mais relève que, somme toute, les juges du fond étant souverains s'agissant de l'interprétation du rapport direct, il ne devrait pas leur être interdit de faire le lien entre ces deux notions. La variante de ce courant ne fait pas clairement état de la compétence, mais considère qu'il n'y a pas de rapport direct quand « *la prestation contractuelle est étrangère à la nature de l'activité exercée* ». A cette conception plutôt généreuse pour le professionnel s'oppose une tendance plus restrictive qui fait dépendre la qualification du contrat de la finalité de ce dernier. Ainsi, le rapport direct est parfois admis lorsqu'un contrat est conclu « *dans l'intérêt de l'entreprise* ». Encore plus sévère, la variante de ce courant comprend les décisions qui affirment le rapport direct simplement parce que « *l'intéressé a contracté en qualité de professionnel* ».

- 415 TERRE/SIMLER/LEQUETTE observent pour leur part que la jurisprudence admet un rapport direct lorsque le contrat a été conclu à des fins professionnelles⁷⁴⁷, alors que pour LEVENEUR, ce critère est très proche de celui des besoins professionnels⁷⁴⁸.

b.c *Appréciation doctrinale*

- 416 La doctrine majoritaire critique le critère du rapport direct. BERNARDEAU juge cette notion « *trop imprécise et trop rigide* »⁷⁴⁹. Il propose une distinction plus

⁷⁴⁶ A la recherche du consommateur, p. 551 s.

⁷⁴⁷ N° 322, p. 331.

⁷⁴⁸ LEVENEUR, p. 20.

⁷⁴⁹ En ce sens également VIGNEAU, p. 1283.

nuancée⁷⁵⁰. Ainsi, il s'agirait de déterminer si telle ou telle clause, et non le contrat dans son ensemble, relève ou non de la spécialité du cocontractant. Cela permettrait de remettre en question les clauses qui ne concernent que les « *modalités juridiques* » du contrat, telles la clause pénale ou la clause attributive de compétence. Toute intervention du juge serait en revanche exclue pour les « *clauses dont le cocontractant peut apprécier la portée en vertu de sa compétence particulière dans le secteur concerné : clauses tenant à la conformité technique des biens, à leur conformité à un usage spécial, à la qualité technique des emballages, etc.* »⁷⁵¹. Cet auteur admet pourtant que la distinction entre ces deux types de clauses peut s'avérer difficile en pratique⁷⁵². Il estime que devrait être déterminante la capacité de négociation⁷⁵³.

417 AYNES/STOFFEL-MUNCK notent qu'avec le rapport direct, un critère intellectuel a été abandonné au profit d'un critère purement économique. Il juge ce dernier peu pertinent. En effet, pour les personnes physiques il est assez facile d'opérer une distinction entre l'activité « professionnelle », laquelle s'oppose à l'activité domestique, personnelle ou familiale. En revanche, il n'est pas possible de faire une telle analogie s'agissant d'une personne morale, pour laquelle il sera quasiment impossible de démontrer l'absence d'un rapport direct avec son activité⁷⁵⁴.

418 CALAIS-AULOY/STEINMETZ approuvent la conception stricte qu'adopte la Cour de cassation, mais souhaitent d'abandon de la notion de rapport direct « *qui paraît inutile et risque de nuire à la clarté de la notion de consommateur* »⁷⁵⁵. Ces auteurs notent que cela permettrait de se conformer à la définition de consommateur donnée par la directive sur les clauses abusives⁷⁵⁶. Ils assimilent toutefois les épargnants et les particuliers qui vendent un bien à un consommateur⁷⁵⁷.

419 PAISANT relève également l'insécurité juridique liée au critère du rapport direct. Il observe notamment que la question, fondamentale, de savoir si la qualification doit être faite de manière concrète ou abstraite, n'a pas été tranchée par la Cour de cassation⁷⁵⁸. Il préconise une approche basée sur la

⁷⁵⁰ P. 143.

⁷⁵¹ P. 143.

⁷⁵² P. 143.

⁷⁵³ P. 143.

⁷⁵⁴ Droit et patrimoine n° 141, octobre 2005, p. 96.

⁷⁵⁵ N° 178.

⁷⁵⁶ N° 178. En ce sens également : BAKOUCHE, L'application, p. 858.

⁷⁵⁷ N° 32.

⁷⁵⁸ A la recherche du consommateur, p. 500.

finalité professionnelle de l'opération. Seraient ainsi exclus les professionnels « *ayant agi pour permettre, faciliter, développer ou promouvoir l'exercice de leur activité* ». Une telle solution correspondrait tout à fait aux intentions du législateur, en évitant de conférer à la loi un champ d'application trop large⁷⁵⁹. Certes, des problèmes de délimitation pourraient se poser mais ils seraient surmontables par la combinaison de ce critère avec celui de la compétence, voire également avec celui de l'infériorité économique du cocontractant. Mais cet auteur reconnaît que d'une part une telle définition serait compliquée ; que d'autre part, la conclusion d'un contrat « *à l'occasion* » de l'exercice d'une profession risquerait de faire admettre automatiquement une action « *pour les besoins* » de la profession, induisant au final une conception trop restrictive⁷⁶⁰.

420 HENRY regrette également le manque d'unité de la jurisprudence. Mais pour lui, le critère du rapport direct pourrait subsister moyennant le respect d'un certain nombre de conditions. Tout d'abord, ce dernier doit être interprété de manière large, visant les contrats « *ayant pour finalité de permettre, financer développer ou protéger l'activité* »⁷⁶¹. Ensuite, l'appréciation « *doit se faire in abstracto, par catégorie, avec des sous-critères clairement explicités* »⁷⁶². Enfin, il faut que la Cour de cassation exerce à nouveau son contrôle sur la notion⁷⁶³. Cet auteur admet qu'une telle conception est sévère pour le consommateur. Mais cette sévérité est justifiée à ses yeux pour deux raisons : d'une part le fait que toute clause est susceptible d'être attaquée et d'autre part la lourdeur de la sanction⁷⁶⁴.

421 Les incohérences liées au critère du rapport direct inspirent à CHAZAL des réflexions plus fondamentales. Pour lui, il faut introduire, dans le droit des obligations, une norme générale qui protège la partie faible et qui s'apparenterait à la lésion. La notion de consommateur serait alors entendue strictement et ne constituerait qu'une présomption simple de faiblesse⁷⁶⁵. Pour lui, « *le critère du rapport direct est complètement déconnecté du problème de la protection des économiquement faibles, ce qui est un comble lorsqu'on se rappelle que l'extension de la notion de consommateur à certains professionnels a justement pour finalité de pallier les injustices engendrées par la conception stricte du consommateur* »⁷⁶⁶.

⁷⁵⁹ A la recherche du consommateur, p. 553.

⁷⁶⁰ A la recherche du consommateur, p. 553.

⁷⁶¹ P. 2563.

⁷⁶² P. 2564.

⁷⁶³ P. 2564.

⁷⁶⁴ P. 2564.

⁷⁶⁵ Le consommateur existe-t-il ?, p. 263 ss. En ce sens également BAKOUCHE, Le contrat accessoire, p. 1237.

⁷⁶⁶ Répertoire, p. 6.

- 422 Une partie de la doctrine approuve le critère du rapport direct. Pour TESTU, trois mérites sont à mettre à l'actif de cette notion. Premièrement, celle-ci constitue une voie médiane, n'excluant pas d'emblée tout professionnel de la protection légale ; ensuite, elle correspond à une formule employée dans le droit du démarchage, créant ainsi une certaine homogénéité au sein du droit de la consommation ; enfin, elle n'est pas si floue, du moins si on l'interprète en ce sens qu'il ne faut nier l'existence d'un rapport direct que « *pour les actes exceptionnels n'ayant qu'un rapport lointain avec la profession* »⁷⁶⁷.
- 423 MESTRE estime pour sa part que le critère du rapport direct doit être salué en ce qu'il n'exclut de la protection que « *le professionnel qui contracte sur un terrain qu'il maîtrise bien, où il est en situation de se défendre parce qu'il dispose [...] d'une réelle force de négociation* »⁷⁶⁸.
- 424 D. MAZEAUD est d'avis que, même dans l'exercice de sa profession, mais dans un domaine qui ne relève pas de sa spécialité, un professionnel peut être considéré comme consommateur⁷⁶⁹.

3 *Personne morale*

- 425 La question de savoir si une personne morale peut être protégée par les dispositions de la loi de 1995 s'est posée avec une certaine acuité après l'arrêt de la CJCE affirmant qu'un consommateur au sens de la directive ne peut être qu'une personne physique⁷⁷⁰.
- 426 La doctrine répondait par l'affirmative. Les principaux arguments à l'appui de cette thèse sont fournis par AMAR⁷⁷¹. Celui-ci invoque tout d'abord des considérations relevant du droit de la concurrence⁷⁷² : la suppression d'une clause abusive dont serait victime une personne morale permet d'éviter que celle-ci ne répercute les conséquences économiques de cette clause sur le consommateur. Ensuite, pour cet auteur, « *l'assimilation des personnes morales à des professionnels repose sur une présomption irréfragable de compétence de ces personnes* ». Or, pour lui, cette présomption est contestable. D'une part parce que, en définitive, les compétences appartiennent à des

⁷⁶⁷ La transposition, p. 373.

⁷⁶⁸ P. 610.

⁷⁶⁹ Obs., sous Cass. com., 10.05.1994, in : D 1995, somm. p. 89.

⁷⁷⁰ CJCE, aff. C-541/99 et C- 542/99, du 22.11.2001, Cape Sne contre Idealservice, Rec. 2001, p. I-9049.

⁷⁷¹ P. 7 ss.

⁷⁷² En ce sens également : BERT, p. 15.

personnes physiques. Que ces dernières soient incorporées dans une structure sociétaire ne les rend pas plus compétentes pour autant⁷⁷³. D'autre part parce que la compétence n'est pas un critère de distinction entre professionnel et consommateur⁷⁷⁴. Cela pour deux raisons. Tout d'abord, certains consommateurs peuvent être plus compétents que des professionnels (il en va ainsi de l'étudiant en droit avancé, mieux à même de déceler des clauses abusives qu'un plombier). Ensuite, l'application du seul critère de la compétence comme ligne de démarcation conduit à des aberrations (un chef d'entreprise qui rachète un bien acquis pour sa société et utilise celui-ci à des fins purement privées ne pourrait pas se défendre utilement contre une clause abusive)⁷⁷⁵.

- 427 Pour une partie de la doctrine, des indices doivent permettre de déterminer si une personne morale est à considérer comme un professionnel ou comme un non professionnel : composition (particuliers ou professionnels indépendants), taille (plus ou moins importante), but poursuivi (lucratif ou désintéressé), expérience ou inexpérience des membres, nature de l'objet social de la personne morale⁷⁷⁶.
- 428 Dans un arrêt du 15 mars 2005⁷⁷⁷, la Cour de cassation a jugé que « *la notion distincte [de celle de consommateur] de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* ». Toutefois, dans le cas d'espèce (il s'agissait de la location de matériel informatique par un syndicat d'éleveurs), elle a refusé d'assimiler la personne morale à un consommateur, sans motiver sa décision sur ce point, se contentant d'affirmer que le contrat n'avait pu être conclu par cette dernière qu'en qualité de professionnel. Même si la haute cour ne le précise pas expressément, il y a tout lieu de penser que c'est, ici aussi, le critère du rapport direct qui s'applique⁷⁷⁸. En bonne logique, les personnes morales n'ayant pas d'activité professionnelle doivent également être protégées⁷⁷⁹. Pour BOUJEKA en revanche, le fait que la Cour de cassation ne fait pas référence au critère du rapport direct pourrait signifier que celle-ci

⁷⁷³ En ce sens également : BERT, p. 14 s.

⁷⁷⁴ Pour AMAR, le critère de la compétence transparait au travers de celui du rapport direct (p. 10).

⁷⁷⁵ P. 9 s. Ces arguments sont approuvés par FENOUILLET, La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives, p. 740 s.

⁷⁷⁶ BOUJEKA, p. 1951.

⁷⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 15.03.2005, D 2005, 887.

⁷⁷⁸ BRUSCHI/FENOUILLET, p. 359, RONDEY, Une personne morale est protégeable, p. 888 ; BERT, La Cour de cassation, p. 15 ; BAKOUCHE, L'application, p. 857.

⁷⁷⁹ BERT, La Cour de cassation, p. 15

entend se départir de ce dernier, au profit d'une « *approche plus stricte de la finalité de l'opération en cause* »⁷⁸⁰.

- 429 La question de savoir si cette « extension » est conforme au droit communautaire n'a pas fait l'objet de grands débats doctrinaux. Les auteurs qui se prononcent estiment que tel est le cas⁷⁸¹, se référant au caractère minimal de la directive⁷⁸². Certains relèvent pourtant que la question ne va pas de soi, puisque la directive permet d'accorder une protection plus élevée au consommateur, et pas au non professionnel⁷⁸³.

4 Questions particulières

4.1 Qualification des parties au contrat accessoire

- 430 La solution retenue par la jurisprudence⁷⁸⁴, en application de la loi de 1978, est conforme à l'adage classique selon lequel l'accessoire suit le principal. Cela signifie que, pour déterminer si la loi est applicable au contrat accessoire, c'est à la qualification des parties au contrat principal qu'il faut procéder. La situation ne devrait pas être différente sous l'empire de la loi de 1995 puisque, comme l'indique BAKOUCHE⁷⁸⁵, c'est là ce que prévoit expressément l'art. L. 132-1 C.consom., en son cinquième alinéa (lequel dispose que le caractère abusif d'une clause s'apprécie « *au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'un de l'autre* »).

4.2 Début et fin de l'activité professionnelle

- 431 Se pose la question de savoir comment qualifier les contrats destinés à une activité professionnelle future, c'est-à-dire ceux passés alors qu'il n'y a encore aucune activité professionnelle au moment de leur conclusion. Inversement, on peut se demander ce qu'il en est des conventions liées à la fin d'une activité professionnelle.
- 432 Dans le premier cas, la Cour de cassation a, dès 1996, rejeté la qualification de consommateur⁷⁸⁶ dans une affaire ayant pour toile de fond les dispositions de

⁷⁸⁰ BOUJEKA, p. 1951.

⁷⁸¹ PAISANT, Les clauses abusives et la présentation, p. 102.

⁷⁸² CALAIS-AULOY/STEINMETZ, n° 178 ; BOUJEKA, p. 1950.

⁷⁸³ RONDEY, Une personne morale est protégeable, p. 888.

⁷⁸⁴ Cass. 2^e civ., 18.03. 2004, JCP G 2004 II 10 106, p. 1234 ss.

⁷⁸⁵ Le contrat accessoire, p. 1236.

⁷⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 09.05.1996, contrats, concurrence, consommation 1996, n° 117.

la loi sur le démarchage à domicile⁷⁸⁷. Elle a depuis lors confirmé cette position, toujours dans cette matière⁷⁸⁸. Cette appréciation est suivie par la quasi-unanimité des décisions de fond⁷⁸⁹. Elle est approuvée par la doctrine, qui ne manque pas d'en relever la dureté pour le professionnel peu expérimenté⁷⁹⁰.

- 433 Les contrats qui se rapportent à la fin de l'activité professionnelle sont jugés sans rapport direct avec celle-ci⁷⁹¹. Comme le note HENRY, cela peut poser problème dans l'hypothèse de la vente d'un fonds de commerce : il serait en effet possible de considérer que le vendeur est un consommateur, l'acheteur étant, au vu de ce qui vient d'être dit, un professionnel⁷⁹².

4.3 Professionnel ou consommateur non contractants

- 434 Il est des cas dans lesquels un professionnel ou un consommateur, bien que concerné par un contrat, n'y est pas partie. Ainsi, il arrive qu'un particulier – dont la qualification de consommateur ou non professionnel ne fait aucun doute – donnant à bail un objet immobilier, se fasse représenter par une gérance – soit un professionnel. Inversement, il se peut qu'un consommateur ou non professionnel subisse les conséquences d'un contrat entre deux professionnels. Il en va ainsi du consommateur, acheteur final, qui agirait contre le fabricant, lequel lui opposerait des clauses du contrat passé entre lui-même et le vendeur de la chose. Comme l'indiquent CALAIS-AULOY/STEINMETZ, la lettre de la loi s'opposerait, dans de telles hypothèses, à l'application des art. L. 132-1 ss C.consom. Une interprétation téléologique – soutenue par ces auteurs – conduirait à un résultat opposé⁷⁹³.

⁷⁸⁷ Comme déjà mentionné plus haut (note de bas de page n° 564), cette loi retient, comme critère de démarcation entre professionnel et consommateur, celui du rapport direct avec l'activité.

⁷⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 10.07.2001, JCP 2002 I 148, p. 1237 ss.

⁷⁸⁹ Voir par exemple : CA de Bourges, 28.05.1996, in : Juris-Data n° 055470 ; CA de Toulouse, 28.02.2002, in : Juris-Data n° 176392 ; CA de Nîmes, 23.03.1999, in : Gazette du Palais 2000, Sommaire 1820 ; CA de Poitiers, 20.05.1997, in : Juris-Data n° 056128.

⁷⁹⁰ HENRY, p. 2559, SAUPHANOR-BROUILLAUD estime que, si elle est juridiquement fondée, la solution est « humainement beaucoup moins heureuse » (De la définition, p. 1238).

⁷⁹¹ CA de Toulouse, 12. 05. 1999, in : Juris-Data n° 042731 ; CA de Orléans, 05.12.1996, in : Juris-Data n° 047503.

⁷⁹² P. 2559.

⁷⁹³ N° 178-1.

4.4 Usage mixte

- 435 Au cas où un bien est affecté partiellement à un usage privé et partiellement à un usage professionnel, c'est le critère de la prépondérance qui est retenu⁷⁹⁴.

II. Champ d'application matériel

1 Types de contrats

- 436 La question pose peu de problèmes et est peu abordée en doctrine. Le quatrième alinéa de l'art. L 132-1 C. consom. est clair et dispose que la loi s'applique « *quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies* ».
- 437 Le champ d'application matériel est donc très large : tous les documents contractuels sont appréhendés⁷⁹⁵, ainsi que tous les contrats, peu importe leur nature (vente, bail, etc.) et leur objet (meuble ou immeuble)⁷⁹⁶. Il faut toutefois noter que pour la Cour d'appel de Bastia, le contrat de pari PMU n'entre pas dans le champ d'application de la loi, celle-ci ne visant que la vente de biens ou services⁷⁹⁷. Une exigence, qui ne ressort pas directement du texte légal, est pourtant posée par la doctrine : il doit s'agir d'un contrat écrit⁷⁹⁸. Cette exigence est contraire au considérant 11 de la Dir. 93/13.
- 438 La possibilité de revoir des contrats librement négociés correspond à la tradition française⁷⁹⁹. Une tentative de restreindre l'applicabilité de la loi aux contrats préformulés a été rejetée au Sénat⁸⁰⁰. La doctrine estime qu'il n'y a pas là une atteinte intolérable à la liberté contractuelle, dans la mesure où seuls les consommateurs sont protégés⁸⁰¹. De plus, cette « extension » par

⁷⁹⁴ CA de Grenoble, 13 juin 1991, JCP 1992 II. 21819 ; CA de Paris, 09.11.1994, Contrats, conc., consom. 1995, commentaire n° 40 ; CHAZAL, Répertoire, p. 7.

⁷⁹⁵ LAMYÉCO, n° 5233.

⁷⁹⁶ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, n° 179.

⁷⁹⁷ CA de Bastia, 16.02.2004, Juris-Data n° 268377.

⁷⁹⁸ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, n° 180 ; RAYMOND admet que les contrats oraux sont concernés, mais estime qu'il s'agit là d'une hypothèse purement théorique (Juris-classeur, p. 9).

⁷⁹⁹ WITZ, p. 1048.

⁸⁰⁰ Débats parlementaires du Sénat, séance du 15 novembre 1994, JO. du 16 novembre 1994, p. 5557.

⁸⁰¹ MEILHAC, p. 295.

rapport au texte communautaire est regardée comme tout à fait légitime⁸⁰². Toutefois, il s'agit là surtout d'une possibilité théorique. En effet, il n'existe, à notre connaissance, pas de cas dans lesquels un tribunal aurait déclaré abusive une clause négociée. De plus, la Cour d'appel de Paris, refusant d'appliquer la loi à un contrat conclu pour des besoins professionnels, ajoute que la clause avait pu être discutée par le client⁸⁰³.

- 439 L'art. 1 al. 2 de la directive, qui exclut du champ d'application les clauses contractuelles reflétant des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des principes ou dispositions relevant de conventions internationales⁸⁰⁴, n'a pas été transposé. Il est admis que cette omission – si tant est que l'on puisse lui attribuer une quelconque portée⁸⁰⁵ – constitue une mesure offrant un degré de protection plus élevé au consommateur au sens de l'art. 8 de la Dir. 93/13 et que, partant, elle ne prête pas le flanc à la critique⁸⁰⁶.

2 Exclusions

- 440 Se conformant à l'art. 4, ch. 3 de la directive, le septième alinéa de l'art. L. 132-1 al. 1 C.consom. précise que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses [...] ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».
- 441 Pour une partie de la doctrine, « *ce n'est pas l'examen du caractère abusif de ces clauses qui est prohibé, mais le fait que l'appréciation du caractère abusif des clauses en général, c'est-à-dire la recherche de l'existence d'un déséquilibre significatif, porte sur l'objet principal du contrat ou l'adéquation entre le prix et la valeur* »⁸⁰⁷.
- 442 L'interdiction d'examiner le rapport prix/prestation – sous réserve que la clause soit claire et compréhensible – est considérée par d'aucuns comme

⁸⁰² TERRE/SIMLER/LEQUETTE, N° 323 ; BERGER-WALLISER, Missbräuchliche Klauseln, p. 462.

⁸⁰³ CA de Paris, 02.05.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁰⁴ MESTRE, p. 609 ; BERNARDEAU, p. 143.

⁸⁰⁵ Ce qui n'est pas certain, tant il est vrai que la règle va de soi s'agissant du droit impératif et reflète le principe de la primauté du droit international pour les autres dispositions.

⁸⁰⁶ Rapport de la Commission européenne (2000), 248 final, 27.04.2000, p. 14 ; BERGER-WALLISER, Missbräuchliche Klauseln, p. 462.

⁸⁰⁷ CHAZAL, Répertoire, p. 12.

toute naturelle, puisque la solution inverse risquerait d'ouvrir la porte à l'extension de la lésion⁸⁰⁸, institution qui n'est admise en droit français que dans certaines hypothèses précises⁸⁰⁹. S'agissant de l'exclusion liée à l'objet principal du contrat, on peut mentionner un arrêt traitant de la clause d'un contrat de prévoyance-maintien de revenus, garantissant un revenu de substitution en cas d'arrêt total de travail suite à une maladie ou un accident. Celle-ci stipulait que l'indemnité journalière ne pourra être supérieure au revenu de l'assuré s'il n'avait pas interrompu son activité ; jugée dépourvue d'ambiguïté, elle explicite la définition de l'objet principal du contrat ; elle n'a pas été examinée à l'aune de l'art. L 132-1 du Code de la consommation⁸¹⁰.

- 443 Dans un arrêt de 2002⁸¹¹, critiqué en cela par une partie de la doctrine⁸¹², la Cour de cassation a examiné la conformité à l'art. L. 132-1 C.consom. d'une clause d'exclusion de garantie dans un contrat d'assurance; mais c'est l'ancien droit qui s'appliquait. Pour la Commission des clauses abusives, amenée occasionnellement à donner son avis sur cette question, les limitations de garantie ressortent, sous réserve de la clarté de leur rédaction, de l'objet principal du contrat⁸¹³.
- 444 On peut ajouter que pour TERRE/SIMLER/LEQUETTE cette exclusion ne signifie pas qu'on ne puisse pas du tout tenir compte de l'aspect économique : « *Juridique et économique sont, en effet, inextricablement liés. Une clause apparemment sévère pour le consommateur peut se justifier dès lors que le prix stipulé par les parties est faible* »⁸¹⁴. Selon d'autres auteurs, ce sont des problèmes de présentation formelle qui sont susceptibles de permettre, par exception au principe, l'examen des clauses visées par cette disposition⁸¹⁵.

⁸⁰⁸ Cf. supra n° 377 s.

⁸⁰⁹ PIZZIO, Code de la consommation, p. 201 s. ; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, n° 324, p. 333.

⁸¹⁰ CA d'Aix-en-Provence, 10. 10. 2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸¹¹ Cass. 1^{re} civ., 12.03.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸¹² PAISANT, Note d'arrêt, p. 1903 ss, passim.

⁸¹³ Avis n° 97-01 relatif au contenu d'une garantie annulation voyage, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸¹⁴ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, n° 324, p. 333.

⁸¹⁵ LAMYÉCO, n° 5241.

III. Intégration

- 445 Bien que la notion d'intégration, au sens des droits suisse et allemand, soit inconnue de la loi française, la jurisprudence a dégagé quelques règles en la matière.
- 446 Une clause prévoyant que le consommateur accepte les conditions du contrat est abusive si le consommateur n'a pas eu effectivement, au moment de la signature, l'occasion de prendre connaissance de l'ensemble de ces conditions⁸¹⁶. Doit également être sanctionnée la clause prévoyant que les conditions générales d'utilisation en ligne prévalent sur les conditions générales imprimées. En effet, dans le cas contraire, le professionnel pourrait imposer de nouvelles conditions sans que celles-ci soient acceptées par le consommateur⁸¹⁷. En revanche, dans une vente par internet, il a été jugé que la clause d'acceptation des CGA qui peuvent être consultées sur le site ne contrevient pas à l'art. L. 132-1 du Code de la consommation. Est abusive une clause stipulant que toute remise de renseignements bancaires, tout paiement ou toute acceptation de documents émanant du professionnel implique l'approbation et la ratification des conditions générales de vente⁸¹⁸. Il en va de même de la clause par laquelle une maison pour personnes âgées entend donner force obligatoire à un règlement quand bien même le pensionnaire ne l'a pas signé⁸¹⁹.
- 447 Des clauses de renvoi à des conditions générales d'affaires ont échappé par deux fois, dans des arrêts relativement récents, à la censure des tribunaux. Dans les deux cas, la *ratio decidendi* semble difficile à isoler. Dans le premier, on peut lire : « *la clause est rédigée en caractère gras, juste au-dessus de la signature du client, de sorte qu'elle ne peut lui échapper ; par ailleurs, au verso de l'acte figurent des conditions générales libellées dans une typographie claire et lisible, permettant une prise de connaissance sans difficulté au moment de la signature du contrat. Il n'y a, en outre, qu'un seul document imprimé recto verso, ce qui permet une manipulation simple. Il ne peut dès lors être considéré que le consommateur, dont l'attention a été attirée par la clause critiquée sur le fait qu'il devait prendre connaissance des conditions générales figurant au verso, n'a pas eu effectivement l'occasion de prendre connaissance desdites conditions avant la conclusion du contrat* »⁸²⁰. Le

⁸¹⁶ CA de Paris, 29.04.2003, Contrats Conc. Consomm. 2003, n° 190 ; TGI de Nanterre, 02.06.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸¹⁷ TGI de Paris, 05.04.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸¹⁸ TGI de Paris, 07.11.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸¹⁹ CA d'Aix-en-Provence, 18.09.1995, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸²⁰ Tribunal de grande instance Grenoble, 20.03.2003 (point 1, p. 5) disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

second affirme : « *le fait pour le client d'avoir en sa possession un livret relié comportant l'intégralité des clauses générales et particulières justifie que le client a eu connaissance de l'ensemble des clauses contractuelles qui lui ont été remises dans un même document* »⁸²¹. Pour la Cour d'appel de Versailles, l'apposition d'une signature sous la mention du renvoi aux conditions générales, dont il est précisé que celles-ci sont approuvées, ne nécessite pas une deuxième signature en bas des conditions générales⁸²².

- 448 Il faut encore noter que le projet de réforme du droit des obligations, en cours d'examen, prévoit en son art. 30 : « *Lorsque l'offre renvoie à des conditions générales, l'acceptation emporte approbation de ces dernières si son auteur en a eu connaissance et qu'il n'a pas manifesté de volonté contraire* »⁸²³.

IV. Détermination du caractère abusif d'une clause

1 Généralités

- 449 La clause générale de l'art. 3 ch. 1 de la Dir. 93/13 a été transposée à l'art. L.132-1 CCons. Cette dernière disposition est complétée par une liste de clauses, annexée au Code de la consommation, laquelle correspond mot pour mot à l'annexe au texte communautaire ; toutefois, l'art. L. 132-1 CCons. a été modifié par une loi du 4 août 2008, qui prévoit d'instituer une liste « grise » et une liste « noire », édictées par le Conseil d'État⁸²⁴. Il convient de mentionner également l'art. L. 133-2 C.Cons., qui institue l'obligation de transparence puisque, comme nous le verrons, la violation de ce principe suffit, selon la jurisprudence, à rendre une clause abusive.
- 450 Mais d'autres sources, non issues du droit communautaire, doivent (respectivement peuvent) être prises en compte par le juge dans son appréciation. Il s'agit d'une part des décrets en Conseil d'État et d'autre part des recommandations de la Commission sur les clauses abusives.

⁸²¹ TGI de Nanterre, 02.09.2003, moyen 1, p. 4, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸²² CA de Versailles, 25.05. 2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸²³ Le professeur Xavier Henry, de l'Université de Nancy 2, a eu l'amabilité de fournir à l'auteur ce texte, encore officieux à ce jour.

⁸²⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie (www.clauses-abusives.fr/txt/L132-1nouveau.htm). Ce texte entrera en vigueur à compter de la publication du décret en conseil d'Etat, au plus tard le 1^{er} janvier 2009.

Voir l'annexe au présent travail.

2 *Décrets en Conseil d'État/Dispositions d'ordre réglementaire*

451 L'art. L. 132-1 C.consom. prévoit, à son deuxième alinéa, que des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la Commission des clauses abusives, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être considérées comme abusives au sens du premier alinéa. Les décrets constituent une « liste noire » : le juge, en présence d'une telle clause, n'a d'autre choix que de la déclarer abusive. Instauré par la loi de 1978, le système des décrets n'a guère connu de succès. L'idée de base était d'instaurer un système souple : il appartenait au pouvoir exécutif de légiférer en fonction des clauses qui posaient le plus de problèmes en pratique. Or, jusqu'il y a peu, on ne comptait que trois décrets, dont un avait été annulé par le Conseil d'État⁸²⁵. Le premier prohibe « la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à la réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »⁸²⁶. Le second dispose :

« Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, est interdite la clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre. »

*Toutefois, il peut être stipulé que le professionnel peut apporter des modifications liées à l'évolution technique, à condition qu'il n'en résulte ni augmentation des prix ni altération de qualité et que la clause réserve au non professionnel ou consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement »*⁸²⁷.

452 Un décret du 25 novembre 2005 interdit de faire supporter au consommateur la preuve du respect d'obligations qu'imposent au professionnel certaines dispositions du Code de la consommation⁸²⁸ : « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 121-20-8, est interdite comme abusive au sens du premier alinéa de l'article L. 132-1 la clause ayant pour objet ou pour effet de prévoir qu'incombe au consommateur la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations que lui imposent les dispositions des articles L. 121-20-8 à L. 121-20-16 du présent code, L. 112-2-1 du code des assurances, L. 221-18 du code de la mutualité, L. 932-15-1 du code de la sécurité sociale et L. 341-12 du code monétaire et financier. »

⁸²⁵ CE, 03.12.1980 (JCP 1981.II.19502).

⁸²⁶ Art. R132-1, autrefois décret n° 78-464 du 24 mars 1978, (JO 01.04.1978).

⁸²⁷ Art. R132-2, autrefois décret n° 78-464 du 24 mars 1978, (JO 01.04.1978).

⁸²⁸ Art. R132-2-1.

453 En outre, un nouvel article R. 132-2-1 C. consom. dispose « *Dans les contrats mentionnés à l'article L. 121-20-8, est interdite comme abusive au sens du premier alinéa de l'article L. 132-1 la clause ayant pour objet ou pour effet de prévoir qu'incombe au consommateur la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations que lui imposent les dispositions des articles L. 121-20-8 à L. 121-20-16 du présent code, L. 112-2-1 du code des assurances, L. 221-18 du code de la mutualité, L. 932-15-1 du code de la sécurité sociale et L. 341-12 du code monétaire et financier* ».

3 *Recommandations de la Commission sur les clauses abusives*

454 A l'inverse des décrets pris en Conseil d'État, les recommandations de la Commission sur les clauses abusives n'ont aucune valeur contraignante et ne sont pas toujours respectées⁸²⁹. Toujours est-il qu'elles peuvent guider le juge dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause.

455 Depuis 1978, une soixantaine de recommandations a été émise⁸³⁰. Si certaines sont générales (recours en justice⁸³¹, délai de livraison⁸³², équilibre des obligations en cas d'inexécution du contrat⁸³³ par exemple), la plupart sont sectorielles (construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur⁸³⁴, droit à la réparation en cas de perte ou de détérioration des films confiés à des laboratoires photographiques ou cinématographiques⁸³⁵, assurances des véhicules automobiles de tourisme⁸³⁶ par exemple).

4 *Clause générale et liste annexée*

4.1 *Généralités*

456 La clause générale a été modifiée lors de l'adoption de la loi de 1995. En effet, dans sa teneur de 1978, la loi prévoyait l'exigence d'un « *avantage excessif* » et celle d'un « *abus de puissance économique* ». L'importance de ce dernier critère avait été fortement relativisée par la jurisprudence. En effet, un

⁸²⁹ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, n° 185.

⁸³⁰ Les recommandations sont disponibles sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸³¹ Recommandation n° 79-02.

⁸³² Recommandation n° 80-06.

⁸³³ Recommandation n° 81-01.

⁸³⁴ Recommandation n° 81-02.

⁸³⁵ Recommandation n° 82-04.

⁸³⁶ Recommandation n° 89-01.

tel abus était présumé lorsque le contrat à examiner se présentait sous forme de conditions générales d'affaires. Aussi, bien que le législateur ait estimé que la suppression de cette condition était nécessaire pour assurer la conformité de la loi au droit communautaire, une partie de la doctrine est d'avis que le changement apporté par le nouveau texte n'est en réalité que formel⁸³⁷.

457 L'art. L 132-1 C.consom. dispose :

« Dans les contrats entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel, ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. »

4.2 Absence de la notion de bonne foi

458 Cette définition n'est pourtant pas totalement fidèle à celle donnée par le droit communautaire. Car – outre l'extension du champ d'application matériel qu'elle crée en englobant les contrats négociés –⁸³⁸ elle ne comporte pas de référence à la violation de l'exigence de la bonne foi. Les auteurs ne voient pas là une défaillance du droit français. Deux arguments sont invoqués. D'une part, l'art. 1134 al. 3 du Code civil consacre déjà l'exigence de bonne foi. D'autre part, le professionnel qui se prévaut d'une clause dont il sait qu'elle crée, au détriment de son partenaire contractuel, un grave déséquilibre, ne peut pas être de bonne foi⁸³⁹. Une partie de la doctrine pense que la notion de bonne foi est importante dans le domaine des clauses abusives et qu'il faut donc en tenir compte, même en l'absence de référence expresse dans le texte légal⁸⁴⁰. Pour d'autres, la mention de la bonne foi aurait été contraire aux impératifs de la sécurité du droit⁸⁴¹. Certains notent que cette divergence ne sera pas défavorable au consommateur, puisque l'exigence de la violation des règles de la bonne foi pourrait constituer une condition supplémentaire que le consommateur ou non professionnel aurait à démontrer⁸⁴². TENREIRO relativise pour sa part cette différence : *« Finalement les mots n'ont pas trop d'importance : ce qui est important c'est ce que la jurisprudence en fait... »*⁸⁴³.

⁸³⁷ Cf. infra n° 461.

⁸³⁸ Cf. supra n° 438.

⁸³⁹ Voir notamment PAISANT, Les critères, p. 7.

⁸⁴⁰ TESTU, La transposition, p. 374.

⁸⁴¹ D. MAZEAUD, La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives, in : Droit et patrimoine, juin 1995, p. 47, TERRE/SIMLER/LEQUETTE, n° 324, p. 332 ; MEILHAC, p. 304.

⁸⁴² BERGER-WALLISER, Missbräuchliche Klauseln, p. 462.

⁸⁴³ Libres commentaires, p. 40.

4.3 Déséquilibre significatif

- 459 La doctrine discute relativement peu la notion de « *déséquilibre significatif* ». Pour certains auteurs, ce déséquilibre « *doit relever de l'évidence* »⁸⁴⁴ et c'est une « *disproportion manifeste* »⁸⁴⁵ qui est visée. Pour d'autres, le critère n'est pas que quantitatif, mais aussi qualitatif, en ce sens qu'il faut se demander si l'avantage que tire le professionnel de cette clause est justifié⁸⁴⁶. D'autres enfin, insistant sur l'aspect qualitatif, affirment que le déséquilibre doit être significatif « *d'un comportement abusif de celui qui était en situation de force* »⁸⁴⁷.
- 460 Puisque sont appréhendées par la loi les clauses « *ayant pour objet ou pour effet* » de créer un déséquilibre significatif, le résultat importe peu. On peut voir là une modification par rapport au texte de la loi de 1978, lequel condamnait les clauses qui « *confèrent un avantage excessif* ».
- 461 Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si la notion de « déséquilibre significatif » constitue un changement par rapport à celle de l'« avantage excessif ». TERRE/SIMLER/LEQUETTE répondent par l'affirmative : « *A la justice fruste mais relativement prévisible que poursuivait la loi de 1978, se substitue une justice beaucoup plus fine mais difficilement prévisible. La même clause pourra, en effet, être déclarée ou non abusive selon le contexte dans lequel elle s'inscrit* »⁸⁴⁸.
- 462 Un désavantage pour le consommateur ne suffit pas, à lui seul, à créer un déséquilibre significatif. Encore faut-il, pour la Cour de cassation, comparer ce désavantage à l'avantage que la clause procure au professionnel⁸⁴⁹. Ainsi, une clause prévoyant la durée minimale d'un contrat n'est pas abusive lorsqu'elle correspond à un amortissement comptable classique pour le type de matériel considéré⁸⁵⁰. Et une disposition stipulant des obligations pour le locataire n'est pas abusive si celles-ci tendent à éviter que le bailleur ne subisse un dommage⁸⁵¹.

⁸⁴⁴ PAISANT, Les critères, p. 7.

⁸⁴⁵ PAISANT, Les critères, p. 7.

⁸⁴⁶ PIZZIO, Code de la consommation, p. 203.

⁸⁴⁷ TESTU, La transposition, p. 374.

⁸⁴⁸ N° 324. Contra : D. MAZEAUD, La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives, in : Droit et patrimoine, juin 1995, p. 47 ; PAISANT, Les critères, p. in : Les clauses abusives dans les contrats de consommation, in : INC Hebdo 12 déc. 1997, n° 1015 ; CHAZAL, Répertoire, p. 11.

⁸⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; Cass. 1^{re} civ., 12.03.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁵⁰ CA de Bourges, 24.10.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁵¹ CA de Versailles, 17.05.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

- 463 Comme le précise l'al. 5 de l'art. L. 132-1, c'est au moment de la conclusion du contrat que s'apprécie le caractère abusif d'une clause. Il importe donc peu que le déséquilibre se soit concrétisé ou non lors de l'exécution du contrat⁸⁵². D'aucuns jugent cette solution insatisfaisante lorsque le contrat a « pour effet » de créer le déséquilibre, car dans un tel cas, le résultat ne peut se constater qu'au moment de l'exécution du contrat⁸⁵³. Ainsi, pour l'appréciation du caractère abusif, les stipulations du contrat prévalent sur ses modalités d'exécution, comme en a décidé la Cour de cassation dans un arrêt de 2002⁸⁵⁴. Les faits étaient les suivants : un établissement financier avait consenti une ouverture de crédit, renouvelable d'année en année. L'octroi du crédit était subordonné à la conclusion d'une assurance garantissant l'arrêt total de travail pour maladie, accident ou chômage. Une clause dudit contrat d'assurance prévoyait un délai de franchise de douze mois ininterrompus d'arrêt de travail pour les causes précitées. La cour d'appel avait refusé de la qualifier d'abusives au motif que l'exécution de l'ouverture de crédit avait, en l'espèce, fonctionné sur près de quarante-huit mois. La Cour de cassation a condamné ce raisonnement, estimant que la durée du remboursement du crédit aurait pu être beaucoup plus courte et, à la rigueur, n'être que d'un an. Dans ce cas, la durée de la franchise aurait été égale, voire supérieure à la durée du contrat principal.
- 464 La cour d'appel de Nîmes, se prononçant également sur une clause d'un contrat d'assurance lié à un crédit, affirme que l'appréciation du caractère abusif d'une clause qui limite à 60 ans la prise en charge de l'incapacité temporaire totale doit se faire d'une façon générale et non en se rapportant au cas individuel d'un assuré⁸⁵⁵. C'est donc une appréciation *in abstracto* qui est ici privilégiée. Il paraît toutefois difficile de savoir à quel point cette jurisprudence est généralisable.
- 465 Toute obligation mise à charge du consommateur est susceptible de créer un déséquilibre systématique. L'appréciation du caractère abusif d'une clause ne dépend pas du caractère principal ou accessoire de l'obligation contractuelle concernée⁸⁵⁶. Peu importe aussi le contenu de l'obligation. Ainsi, une clause imposant au consommateur d'accepter le transfert de ses données personnelles est abusive si elle ne prévoit aucune contrepartie⁸⁵⁷.

⁸⁵² PIZZIO, Code de la consommation, p. 204.

⁸⁵³ PAISANT, Les critères, p. 8, en ce sens également, mais plus nuancé : CHAZAL, Répertoire, p. 13.

⁸⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 26.02.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁵⁵ CA de Nîmes, 23.05.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 30.05.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁵⁷ CA de Versailles, 15.09.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

- 466 Une asymétrie « formelle » dans les droits et obligations des parties conduit dans la règle à un déséquilibre significatif. Il en va ainsi lorsqu'une clause prévoit que seul le professionnel peut mettre fin au contrat à tout moment dans certaines hypothèses⁸⁵⁸, que le consommateur doit résilier l'abonnement par courrier recommandé avec accusé de réception alors que le professionnel peut résilier par courrier électronique⁸⁵⁹ ou encore que seul le consommateur devra verser une indemnité en cas de renonciation à la conclusion ou à l'exécution du contrat⁸⁶⁰. A l'inverse, une clause imposant une tentative de conciliation a été jugée admissible parce qu'elle s'imposait aux deux parties⁸⁶¹.
- 467 La cour d'appel de Nancy a censuré une disposition contractuelle qui apparaissait comme contradictoire au regard de l'esprit du contrat. Il s'agissait d'un club de sport disposant de vestiaires fermés à clé, l'usage de ces derniers étant payant mais compris dans l'abonnement. Dans un tel cas, le tribunal précité a déclaré nulle la clause excluant la responsabilité du professionnel en cas de vol⁸⁶². De la même façon a été jugée abusive la clause d'un contrat d'accès à internet qui stipulait que toute connexion serait interrompue au bout de 17 heures et que toute connexion non active serait interrompue au bout d'une heure alors que le professionnel s'était engagé à assurer l'accès au réseau vingt-quatre heures sur vingt-quatre⁸⁶³.
- 468 Dans les cas suivants, la contrepartie dont bénéficie le consommateur a été jugée suffisante, excluant la qualification de clause abusive. La garantie qu'offre le professionnel justifie le transfert de propriété, au profit de celui-ci, des pièces défectueuses remplacées⁸⁶⁴. Le profit que retire le professionnel de la revente d'une automobile ne constitue pas un avantage excessif dès lors qu'il est la contrepartie des frais et risques auxquels il s'exposait lors de cette opération⁸⁶⁵.

⁸⁵⁸ CA de Poitiers, 04.12.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁵⁹ TGI de Paris, 21.02.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Voir aussi Cass. 1^{re} civ., arrêt n° 1433 FS-P+B, du 14.06.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁶⁰ CA de Paris, 07.11.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; Cass. 1^{re} civ., n° 1434 FS-P+B du 14.11.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, RTDC 2005, p. 725 ss.

⁸⁶² CA de Nancy, 24.11.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁶³ TGI de Nanterre, 09.02.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁶⁴ CA de Grenoble, 16.03.04, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; Cass. 1^{re} civ., arrêt n° 1433 FS-P+B, du 14.11.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 05.07.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

4.4 Prise en compte des circonstances et des autres clauses du contrat

- 469 La disposition qui vient d'être citée prévoit, à l'instar du droit communautaire, que toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat doivent être prises en compte. Il est intéressant de constater qu'ici apparaissent, à en croire la doctrine, des critères qu'on avait justement crus absents de la nouvelle loi. Il en va ainsi de l'abus de puissance économique, puisque la situation des parties et notamment la situation de monopole ou l'état de dépendance du consommateur pour le contrat sont au nombre de ces circonstances⁸⁶⁶. Cela est également vrai pour l'obligation de bonne foi, laquelle comprend, pour TESTU, la possibilité ou non qu'avait le consommateur de négocier⁸⁶⁷ le contrat ainsi que la loyauté dont a fait preuve le professionnel dans la phase précontractuelle⁸⁶⁸. Sur la question de savoir si ce sont les circonstances concrètes ou au contraire, abstraites qui sont déterminantes, les avis sont partagés. CALAIS-AULOY/STEINMETZ affirment qu'en présence de conditions générales d'affaires, seule une appréciation *in abstracto* est possible⁸⁶⁹. CHAZAL est en faveur d'une appréciation *in concreto*⁸⁷⁰.
- 470 Le fait qu'il faille prendre en compte les autres clauses du contrat semble faire admettre à une partie de la littérature qu'une clause déséquilibrée peut être compensée par une autre, favorable au consommateur⁸⁷¹.

4.5 Liste annexée au Code de la consommation

- 471 La liste annexée au Code de la consommation n'est au départ rien d'autre qu'une reprise sans changement de l'annexe à la directive 93/13. Au début de l'année 2005, le législateur a cependant complété le chiffre 1, lettre q), lequel vise désormais également les clauses qui obligent le consommateur « à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »⁸⁷². Il a également ajouté une disposition concernant la clause de reconduction tacite⁸⁷³. Le

⁸⁶⁶ MEILHAC, p. 304 s.

⁸⁶⁷ MEILHAC estime également que le caractère négocié ou non de la clause joue un rôle. Mais elle ne le rattache pas à l'obligation de bonne foi (p. 304 s).

⁸⁶⁸ La transposition, p. 374.

⁸⁶⁹ N° 182.

⁸⁷⁰ Répertoire, p. 13 ; en ce sens également : BERGER-WALLISER, *Missbräuchliche Klauseln*, p. 462.

⁸⁷¹ FENOUILLET, *La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives*, p. 721 ; MEILHAC, p. 306.

⁸⁷² Modification introduite par la loi n° 2005-67 du 28.01.2005.

⁸⁷³ L. 136-1 C.consom : « Le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la

législateur s'en tient aussi strictement au texte communautaire lorsqu'il indique, à l'al. 3 de l'art. L. 132-1, que la liste est « indicative et non exhaustive ». C'est dire que la présence d'une clause dans celle-ci ne constitue qu'un indice. TENREIRO parle de « liste blanche », qu'il oppose à une « liste grise », qui instituerait une présomption simple⁸⁷⁴. A l'inverse, une clause ne figurant pas dans l'annexe peut tout à fait être jugée abusive⁸⁷⁵. La doctrine regrette unanimement qu'une valeur aussi faible soit conférée à cette liste et relève qu'une liste grise ou noire garantirait une meilleure sécurité du droit⁸⁷⁶. Pour CHAZAL, « il eut été concevable que l'inscription d'une clause type dans la liste annexée entraînaît une présomption de déséquilibre significatif, à charge pour le professionnel de prouver in concreto qu'il n'en est rien. Ce système présomptif, qui aurait conféré à la liste annexée un intérêt pratique indéniable, n'a cependant pas été retenu par le législateur »⁸⁷⁷.

4.6 Présentation systématique de la jurisprudence

472 Nous tentons ici un exercice relativement difficile, auquel la doctrine française ne procède pas⁸⁷⁸. La difficulté tient d'une part à l'abondance des décisions rendues et à la variété des clauses qui en sont l'objet et d'autre part au caractère laconique des arrêts rendus par les tribunaux français, qui laissent parfois peu apparaître *la ratio decidendi*. Sont évoqués les types de clauses les

période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite.

Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction. Les avances effectuées après la dernière date de reconduction ou, s'agissant des contrats à durée indéterminée, après la date de transformation du contrat initial à durée déterminée, sont dans ce cas remboursées dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation, déduction faite des sommes correspondant, jusqu'à celle-ci, à l'exécution du contrat. A défaut de remboursement dans les conditions prévues ci-dessus, les sommes dues sont productives d'intérêts au taux légal.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice de celles qui soumettent légalement certains contrats à des règles particulières en ce qui concerne l'information du consommateur ».

⁸⁷⁴ Libres commentaires, p. 40.

⁸⁷⁵ TENREIRO, Libres commentaires, p. 40.

⁸⁷⁶ PAISANT, Les critères, p. 11 ; TESTU, La transposition, p. 375 ; PICOD/DAVO, n°259 ; MEILHAC, p. 306.

⁸⁷⁷ Répertoire, p. 14.

⁸⁷⁸ Les auteurs français ont l'habitude de regrouper les arrêts en fonction de l'objet des clauses qui y sont analysées. Voir Code civil Dalloz, ad art. 1135.

plus fréquemment jugés, pour refléter les grandes tendances jurisprudentielles qui se sont dessinées au fil du temps⁸⁷⁹.

A. Naissance de la relation contractuelle, inexécution et modification du contrat

a. Engagement unilatéral

473 La jurisprudence comprend peu d'exemples de ce type de clauses. Les seuls cas recensés concernent des clauses stipulant que le délai de livraison convenu n'est qu'indicatif⁸⁸⁰.

b. Modification unilatérale du contrat

474 Une telle clause est en principe – et sous réserve des hypothèses visées par l'art. R. 132-2 C.consom. et par le chiffre 2 de l'annexe⁸⁸¹ – à qualifier d'abusives, que la clause en question entende modifier le taux d'intérêt⁸⁸², l'horaire des cours dispensés dans un club de sport⁸⁸³, la capacité de couchage des locaux loués⁸⁸⁴, autoriser le vendeur à procéder à toutes les modifications qu'il jugera nécessaires⁸⁸⁵ ou encore prévoir que l'opérateur de téléphonie mobile peut modifier le numéro d'appel de l'abonné⁸⁸⁶. Il en va différemment si la modification répond à une nécessité technique ou d'organisation du service⁸⁸⁷. La clause prévoyant que le professionnel peut, en cours de contrat, demander le dépôt d'une caution, est jugée en principe abusive⁸⁸⁸. La cour d'appel de Versailles a cependant jugé que tel n'est pas le cas « *dès lors que*

⁸⁷⁹ Il n'est tenu compte en principe que de la jurisprudence récente (dès 2000) ; les jugements rendus par les tribunaux d'instance ne sont pas pris en compte.

⁸⁸⁰ TGI de Paris, 04.02.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; Cass. 1^{re} civ., 16. 07. 1987, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (arrêt rendu sous l'empire de la loi de 1978).

⁸⁸¹ Voir par exemple Cass. 1^{re} civ., 25. 11. 2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. La Cour de cassation y affirme qu'au vu de la réglementation spécifique prévue par le point 2, let. b) de l'annexe en matière de services financiers, il n'y a pas à rechercher si le contrat spécifie les motifs autorisant la banque à prélever des frais pour faire face à un traitement particulier d'erreurs commises par le client.

⁸⁸² CA de Lyon, 10.05.01, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁸³ TGI de Quimper, 24.04.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁸⁴ CA de Paris, 07.05.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁸⁵ CA de Metz, 18.02.1997, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁸⁶ TGI de Nanterre, 10.09.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁸⁷ TGI de Paris, 16.03.1999, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁸⁸ CA de Versailles, 04.02.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Paris, 16.03.1999, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

sa mise en œuvre ne peut intervenir que pour les cas expressément limités et définis dans le contrat »⁸⁸⁹. Toutefois, certains arrêts⁸⁹⁰ concernant des contrats de durée – notamment en matière de téléphonie et en matière bancaire – admettent une modification unilatérale du contrat lorsque le consommateur est informé avec un délai suffisant de la modification et peut, en cas de refus, se retirer du contrat sans pénalité financière.

c. Fixation du prix

475 Selon la Cour de cassation, il n’y a pas d’abus lorsque le professionnel est libre de déterminer le prix dans une fourchette convenue⁸⁹¹. Elle l’a affirmé dans le cas d’un contrat de dépôt-vente, reprenant les arguments de la Cour d’appel dont le jugement était entrepris : d’une part, la fourchette de prix n’était pas obligatoire et avait été fixée librement entre les parties ; d’autre part, la clause n’imposait pas une obligation, mais constituait une simple faculté, laquelle était favorable au déposant puisqu’elle permettait d’adapter le prix à la demande. FENOUILLET désapprouve ce raisonnement. Cet auteur note tout d’abord que le premier argument n’est plus pertinent depuis l’abandon de la condition de l’« *abus de puissance économique* ». Ensuite, il observe que la faculté offerte au professionnel peut ne pas être toujours favorable au déposant, notamment si le dépositaire, pour éviter de conserver le bien en magasin trop longtemps, le sous-évalue⁸⁹².

476 Est abusive la clause d’un contrat de télésurveillance qui fixe le montant du loyer sans distinguer, dans les mensualités dues par le consommateur, entre la somme due au titre du loyer et celle afférente au prix de la prestation de télésurveillance⁸⁹³.

d. Clauses réduisant les droits du consommateur en cas d’exécution défectueuse par le professionnel

477 Il faut ici signaler les clauses par lesquelles un professionnel tenu par la loi à une obligation de résultat tente de « transformer » celle-ci en obligation de

⁸⁸⁹ CA de Versailles, 15.01.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁹⁰ TI de Rennes, 08.08.2000, RG n° 11-99-000726 ; TI de Carcassonne, 10.09.2001, X. / SFR : RG n° 11-01-000136 ; jugement n° 242 ; TI de Strasbourg, 04.02.2002 : RG n° 11-01-002568 ; CA de Paris, 03.05.1996 : RG n° 94/26810 ; Juris-Data n° 021119 ; D. 1996. Somm. 326.

⁸⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁹² La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives, p. 727.

⁸⁹³ CA d’Aix-en-Provence, 26.05.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

moyen. La jurisprudence regorge de tels exemples, qu'elle condamne unanimement⁸⁹⁴.

- 478 Sont aussi qualifiées systématiquement d'abusives les clauses – ici aussi les exemples sont nombreux – par lesquelles le professionnel entend se libérer lors de la survenance d'événements qu'il qualifie à tort de cas de force majeure, donnant à cette notion une acception trop large⁸⁹⁵. Dans le même ordre d'idées, il faut relever les clauses par lesquelles le professionnel s'exonère pour des causes qualifiées d'« étrangères » mais qui en réalité ne le sont pas⁸⁹⁶.
- 479 Plus généralement, il faut ranger dans cette catégorie les dispositions contractuelles tendant à limiter fortement ou à exclure la responsabilité du professionnel. Sont ainsi jugées abusives la clause qui permet au professionnel de s'exonérer de toute responsabilité sans aucune contrepartie⁸⁹⁷ ou moyennant le versement d'une somme modique⁸⁹⁸, celle, insérée dans un contrat d'installation de cuisine, qui limite la garantie du cuisiniste aux vices apparents⁸⁹⁹, celle limitant la responsabilité de l'entrepreneur aux vices de construction les plus graves⁹⁰⁰. Subissent le même sort les clauses d'exclusion de responsabilité dont la justification donnée par le professionnel n'est pas légitime⁹⁰¹. Il convient d'ajouter que les tribunaux condamnent également les clauses exclusives de responsabilité « déguisées », soit celles qui pourraient être interprétées par le consommateur comme exonératoires ou limitatives. Nous citerons ici deux exemples. Le premier concerne la clause, figurant dans un contrat de vente de véhicule automobile, prévoyant que si la fabrication du

⁸⁹⁴ Voir par exemple CA de Paris, 04.02.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Cette solution était d'ailleurs déjà admise sous l'empire de la loi de 1978 (voir Cass. 1^{re} civ., 28.04.1987, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr).

⁸⁹⁵ Voir par exemple CA de Versailles, 20.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Paris, 04.02.2003.

⁸⁹⁶ CA de Paris, 04.02.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁹⁷ CA de Rennes, 19.11.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TA d'Orléans, 20.12.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; CA d'Aix-en-Provence, 18.09.1995, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 19.06.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁸⁹⁹ CA de Grenoble, 02.11.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁰⁰ CA de Grenoble, 17.03.1997, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁰¹ TGI de Grenoble, 31.01.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Il s'agissait en l'espèce de l'exclusion de la garantie d'un véhicule automobile au cas où un atelier n'appartenant pas au réseau aurait procédé à des réparations, que le professionnel motivait par des raisons de sécurité. Cet argument a en revanche été admis, pour une clause similaire, par la Cour de cassation (arrêt n° 1442 FS-P+B, du 14.11.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr).

modèle a cessé, le concessionnaire pourra annuler la commande et rembourser l'acompte versé. Le consommateur pourrait en déduire que ses prétentions sont limitées à cette faculté, à l'exclusion de toute autre indemnisation⁹⁰². Le second a pour objet une clause qui stipule que le concessionnaire n'est pas le préposé du constructeur et est seul responsable vis-à-vis de l'acheteur de tous les engagements qu'il prend. Une telle clause est propre à dissuader le consommateur d'agir contre le constructeur⁹⁰³.

480 La Cour de cassation a déclaré abusive une clause de limitation de responsabilité du professionnel en matière de développement de pellicules photo⁹⁰⁴. Celle-ci stipulait qu'en cas de perte de la pellicule par le professionnel, le client obtiendrait une vierge ainsi qu'un développement gratuit, à l'exclusion de toute autre indemnité. Il était encore précisé que « *dans le cas de travaux ayant une importance exceptionnelle, il est recommandé d'en faire la déclaration lors de la remise afin de faciliter une négociation de gré à gré* ». La Cour de cassation a jugé que cette option laissée au consommateur ne peut, en raison de son ambiguïté, « sauver » la clause en question. Il faut en déduire *a contrario* qu'une telle faculté, est propre, si elle est formulée en des termes parfaitement clairs, à rendre ce genre de clauses admissibles. Cette opinion, partagée – certes implicitement et dans un contexte légèrement différent – par le Conseil d'État⁹⁰⁵, est critiquée par FENOUILLET pour qui « *la limitation de responsabilité stipulée à défaut n'en demeure pas moins source d'un déséquilibre réel entre les droits et obligations des parties* »⁹⁰⁶.

481 En revanche, la Cour de cassation a nié le caractère abusif d'une clause limitant certes la garantie conventionnelle du professionnel mais n'empêchant pas le consommateur de se prévaloir de la garantie légale due par le professionnel⁹⁰⁷. A également été jugée admissible la clause, insérée dans un contrat de déménagement, prévoyant la déchéance des droits du consommateur à défaut de réclamation dans les trois jours⁹⁰⁸. La Cour de cassation a

⁹⁰² CA de Grenoble, 16.03.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁰³ Cass. 1^{re} civ., arrêt n° 1432 FS-P+B, du 14.11.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Versailles, 15.09.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; Voir également CA de Versailles, 05.05.2005 ; CA de Grenoble, 16.03.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr

⁹⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 19.06.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁰⁵ 1046 CE, 06.07.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; voir aussi CA d'Aix-en-Provence, 06.09.2005, disponible sur le site, www.clauses-abusives.fr.

⁹⁰⁶ L'affaire, p. 377.

⁹⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 05.07.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁰⁸ CA d'Aix-en-Provence, 09.03.2004, www.clauses-abusives.fr.

admis que le vendeur d'automobiles puisse s'exonérer de sa responsabilité en cas de dommages dus à une cause extérieure⁹⁰⁹.

- 482 A été jugée admissible l'exonération de responsabilité de l'opérateur de téléphonie mobile en cas de perturbations du réseau dues à des travaux d'entretien, de renforcement, de réaménagement ou d'extension des installations dudit réseau, parce qu'elle se rapporte à un domaine limité et correspond à une activité s'exerçant au profit du consommateur⁹¹⁰.

e. Clauses obligeant le consommateur à fournir ses prestations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes ou ne les exécute qu'imparfaitement

- 483 Sont jugées abusives avant tout les clauses visant à empêcher le consommateur de se prévaloir de l'exception d'inexécution. A cette catégorie appartiennent les clauses imposant un prélèvement automatique sur un compte du consommateur⁹¹¹, celles empêchant celui-ci d'interrompre les paiements en cas d'inexécution de la part du professionnel⁹¹², excluant tout remboursement de la part de ce dernier⁹¹³, obligeant le consommateur à payer l'intégralité du prix avant même que le professionnel n'ait offert son service⁹¹⁴ ou encore prévoyant qu'en cas de litige relatif à une facture, les sommes dont le consommateur est débiteur restent exigibles⁹¹⁵. La Cour de cassation a toutefois jugé admissible une clause obligeant le consommateur à payer l'intégralité des frais de scolarité, même en cas d'inexécution de celle-ci par cas fortuit, pour autant que le professionnel puisse établir qu'à défaut d'une telle clause, il subirait un préjudice⁹¹⁶.

- 484 Il s'agit aussi de clauses par lesquelles le professionnel met à la charge du consommateur le paiement d'un service qui n'est pas fourni. Il en va ainsi d'une disposition d'un contrat d'accès à internet qui stipule que 15 secondes sont ajoutées forfaitairement au temps de connexion⁹¹⁷ ou disposant, dans ce

⁹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., n° 1434 FS-P+B du 14.11.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹⁰ TGI de Nanterre, 03.03.1999, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹¹ CA d'Aix-en-Provence, 26.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹² CA d'Aix-en-Provence, 26.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; CA de Grenoble, 02.11.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹³ CA de Rennes, 19.11.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹⁴ TGI de Grenoble, 29.01.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹⁵ TGI de Paris, 05.04.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 10.02. 998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹⁷ CA de Versailles, 15.09.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

même type de contrat, que l'abonné reste redevable du montant correspondant à l'entier du mois s'il résilie le contrat dans le courant d'un mois⁹¹⁸.

f. Clause pénalisant trop fortement le consommateur qui ne remplit pas ses obligations contractuelles

485 Dans l'affaire précitée du dépôt-vente⁹¹⁹, la haute cour n'a rien trouvé à redire à une clause permettant au professionnel, au cas où le consommateur n'aurait pas retiré, dans un délai de quinze jours suivant la résiliation du contrat, les articles invendus – ce qui constitue une violation de l'obligation de retrait de la chose – soit d'imposer au déposant les frais de restitution de la chose, soit de priver ce dernier de son droit de propriété (par appropriation de la chose, attribution du prix de celle-ci ou encore destruction). Elle considère que « *La Cour d'appel, qui relève que le déposant qui a la possibilité de retirer les objets deux mois après le dépôt sans verser aucune indemnité au dépositaire est clairement informé de son obligation de se manifester à l'issue du contrat, obligation qui lui est rappelée par l'exigence d'une information préalable, en a justement déduit que la clause susvisée n'entraînait pas de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au préjudice du consommateur* »⁹²⁰. Il faut en déduire avec FENOUILLET⁹²¹ que ce sont d'une part la gratuité (éventuelle) de deux mois de dépôt-vente et d'autre part l'information du consommateur (à la conclusion du contrat puis au terme de celui-ci) qui « compensent » les désavantages que présente, pour le consommateur, la clause examinée. Pour cet auteur, le premier argument ne convainc pas, tant l'avantage ainsi conféré au consommateur est minime en regard de la perte de propriété de la chose. Le second est intéressant. Il revient à dire, en substance, qu'un degré suffisant d'information permet de « sauver » une clause pourtant intrinsèquement déséquilibrée. Ainsi, la Cour de cassation place implicitement le débat sur le terrain du consentement. FENOUILLET craint la généralisation de ce raisonnement, tout en démontrant que la portée de l'arrêt en question peut être relativisée – dans une certaine mesure du moins⁹²². En effet, si la valeur du bien est très supérieure au dommage subi par le dépositaire, l'application de l'art. 1152 du Code civil, réprimant les clauses pénales, serait envisageable, le juge ayant alors la faculté de modérer la peine. Dans un tel cas de figure également, la clause pourrait tout simplement être écartée sur la base de l'art. L. 132-1 C.consom. et du chiffre 1, lettre e de l'annexe (disposition visant les « *indemnités d'un montant*

⁹¹⁸ TGI de Paris, 05.04.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Cf. supra n° 475.

⁹²⁰ 3^{ème} moyen, ch. 3.

⁹²¹ La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives, p. 731

⁹²² La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives, p. 731 s.

disproportionnellement élevés »). La jurisprudence antérieure, émanant de tribunaux inférieurs, allait tantôt dans le sens de l'arrêt de la Cour de cassation (du moins implicitement)⁹²³, tantôt se montrait plus sévère⁹²⁴.

- 486 La Cour d'appel de Grenoble a jugé que n'est pas abusive la clause d'un contrat de vente d'automobile aux termes de laquelle le professionnel peut résilier la commande et conserver l'acompte versé à titre d'indemnité si, après un délai déterminé et une mise en demeure, l'acheteur ne prend pas livraison de la chose⁹²⁵.
- 487 A été jugée admissible la clause d'un contrat de bail qui met à la charge du locataire une pénalité de 10% en cas de retard, aux motifs que ce taux n'est pas excessif en soi et que le caractère automatique de la pénalité ne prive pas le locataire de son droit de faire valoir une cause légitime de retard⁹²⁶. Une clause prévoyant des intérêts conventionnels doit, pour ne pas être abusive, spécifier le départ de ces intérêts en cas de non paiement⁹²⁷.
- 488 Le tribunal de grande instance de Grenoble a déclaré abusive la clause d'un contrat de location d'automobile qui fixe la valeur du véhicule volé à sa valeur d'achat. Car cela revient à mettre à la charge du locataire un montant peut-être supérieur au préjudice du bailleur⁹²⁸.
- 489 La Cour de cassation a eu, dans un arrêt de 2005⁹²⁹, à se prononcer sur la validité d'une clause dite de « défaut croisé ». Il s'agit d'une clause qui sanctionne un cocontractant, dans le cadre d'un contrat donné, en raison d'une

⁹²³ Une clause prévoyant que tout objet non récupéré au bout de quatre mois à compter de la date du contrat deviendra propriété du bailleur est abusive aux yeux du tribunal de grande instance de Bourgoin Jallieu parce que l'appropriation prend effet sans manifestation de volonté du consommateur et en l'absence de toute information de celui-ci (TGI de Bourgoin Jallieu, 12.04.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr). On peut donc supposer qu'une information suffisante aurait conduit au maintien de la clause litigieuse.

⁹²⁴ Les juges du TGI de Grenoble ont annulé une disposition d'un contrat d'installation de cuisine aux termes de laquelle la non délivrance imputable au consommateur avait pour conséquence (passé un certain délai et après l'envoi d'une lettre d'avertissement) que le professionnel pouvait disposer de la marchandise, même si celle-ci avait été intégralement payée (TGI de Grenoble, 29.01.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr).

⁹²⁵ CA de Grenoble, 16.03.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. La clause en question réservait l'empêchement de l'acheteur résultant de force majeure.

⁹²⁶ TGI de Grenoble, 03.06.1996, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹²⁷ TGI de Nanterre, 10.09.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹²⁸ TGI de Grenoble, 18.01.1999, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹²⁹ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

défaillance relative non pas à ce contrat, mais à un (ou plusieurs) autre(s) qui lie(nt) les mêmes parties. L'arrêt rendu apporte une réponse nuancée, en ce sens qu'il prohibe dans un tel cas la clause pénale⁹³⁰, mais tolère une clause de défaut croisé ayant pour effet la résiliation du (ou des) contrat(s) dans lequel aucune défaillance n'a été commise. Ce dernier aspect a fait l'objet de critiques doctrinales. Est reproché à la haute cour d'avoir opté pour une solution trop dure pour le consommateur⁹³¹. Les faits dans l'affaire en question sont une bonne illustration de cette rigueur : le consommateur, partie à plusieurs contrats de crédit, s'est trouvé contraint de les rembourser tous prématurément. Pour RAYMOND, une telle clause est abusive car contraire au chiffre 1, lettre f) de l'annexe (clause ayant pour objet ou pour effet « *d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur* ») puisqu'elle confère « *un pouvoir discrétionnaire de l'organisme de crédit à provoquer la déchéance du terme dans tous les contrats conclus par lui ou par son groupe avec l'emprunteur défaillant* »⁹³².

- 490 Le tribunal de grande instance de Nanterre a déclaré abusive la clause d'un contrat d'accès à internet prévoyant que les données personnelles doivent être à jour et que, à défaut le professionnel pourra, après un certain délai, résilier de plein droit le contrat⁹³³. Les juges ont estimé que le professionnel ne peut, avant de procéder à la résiliation, se dispenser d'avertir son cocontractant. En revanche, dans ce même arrêt, ils ont admis une clause permettant au professionnel de résilier le contrat sans préavis ni mise en demeure au cas où le consommateur aurait commis une faute qu'il juge particulièrement grave. La cour d'appel de Versailles n'a pas jugé abusive la clause permettant aux parties de résilier un abonnement à internet « *sans préavis ni mise en demeure préalable en cas de manquement grave de l'une ou l'autre des parties aux obligations essentielles découlant du contrat* »⁹³⁴. Le tribunal de grande instance de Paris est d'un autre avis, puisqu'il a censuré une clause autorisant le professionnel à résilier le contrat sans mise en demeure ni préavis en cas de violation grave ou renouvelée du contrat. Les juges nanterrois ont sanctionné une clause selon laquelle le professionnel peut résilier le contrat sans préavis

⁹³⁰ En ce sens, voir aussi CA de Rennes, 21.09.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹³¹ FENOUILLET, La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives, p. 723. A noter que la jurisprudence avait déjà tendance à se prononcer dans ce sens (voir TGI de Nanterre, 03.03.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr).

⁹³² RAYMOND, Commentaire d'arrêt, p. 27.

⁹³³ TGI de Nanterre, 02.06.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹³⁴ CA de Versailles, 15.09.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

ni indemnité au cas où le consommateur violerait l'une quelconque de ses obligations⁹³⁵.

- 491 Une clause instituant le caractère *intuitu personae* d'un contrat de vente d'automobile est abusive, parce qu'elle lie trop fortement l'acheteur, dont la situation personnelle peut s'être modifiée brutalement⁹³⁶.

g. Clauses mettant à la charge du consommateur certains frais et/ou risques de manière injustifiée

- 492 Les tribunaux écartent de manière systématique les clauses faisant supporter des dommages au consommateur sans réserver les cas où ceux-ci proviennent d'une cause qui ne lui est pas imputable (notamment la force majeure)⁹³⁷. On peut citer ici la clause d'un contrat de voyage subordonnant la couverture de l'assurance annulation à une « maladie grave », cette notion étant définie de manière particulièrement étroite⁹³⁸. La clause qui met à la charge du preneur le risque de perte ou de détérioration de la chose louée, même pour cas fortuit ou de force majeure, est abusive⁹³⁹.
- 493 En outre, la clause d'un contrat de télésurveillance qui met à la charge du locataire les frais et risques de la livraison du matériel et de son installation est abusive⁹⁴⁰.

⁹³⁵ TGI de Nanterre, 09.02.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹³⁶ Cass. 1^{re} civ., arrêt n° 1435 FS-P+B du 14.11.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹³⁷ CA d'Aix-en-Provence, 26.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; CA de Versailles, 20.05.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (numéro de l'arrêt [cav200505_277.pdf](#)) ; TGI de Grenoble, 18.01.1999 ; TGI de Grenoble, 10.07.2000. Dans ce sens également : CA de Rennes, du 19.11.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (ici, la sanction n'est pas la mise à charge d'un dommage, mais la non prorogation du contrat malgré l'impossibilité du consommateur, pour des raisons indépendantes de sa volonté, d'utiliser des installations de sport) ; CA d'Aix-en-Provence, 26.05.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹³⁸ La maladie grave n'était retenue qu'en cas d'interdiction de quitter la chambre. CA de Chambéry, 21.03.06, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹³⁹ Cass. 1^{re} civ., 1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (c'est la loi de 1978 qui était appliquée dans cet arrêt).

⁹⁴⁰ CA d'Aix-en-Provence, 26.05.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

B. Clauses concernant la prorogation et la fin du contrat

a. Indemnité en cas de résiliation

494 La Cour de cassation a jugé abusive une clause prévoyant une indemnité si élevée en cas de résiliation par le consommateur, qu'elle dissuadait ce dernier de mettre fin au contrat. Un particulier avait conclu un contrat de surveillance de son habitation (et d'achat du matériel correspondant) d'une durée d'un an, renouvelable automatiquement par tacite reconduction, qu'il était libre de résilier à tout moment, sous réserve du paiement de la remise de 60% qui lui avait été consentie au moment de la conclusion dudit contrat⁹⁴¹. L'indemnité était due même si la résiliation survenait après la période initiale d'un an et à l'expiration d'une période d'un an. En cas de maintien de cette clause, « *La résiliation eût été alors rendue purement théorique et le vice de perpétuité caractérisé* » comme l'écrit SAUPHANOR-BROUILLAUD⁹⁴². Cette auteure observe que c'est le mécanisme de la lésion qui est sous-jacent dans un tel raisonnement, puisque « *la première chambre civile procède [...] à une comparaison en termes économiques des avantages retirés par chacune des parties lors de la résiliation* »⁹⁴³. D'aucuns, rejetant l'application implicite de la lésion, jugent cet arrêt trop interventionniste et « *contraire à l'esprit de la loi sur les clauses abusives* »⁹⁴⁴.

495 La cour d'appel de Versailles a écarté la clause qui imposait des frais (considérés par les juges comme élevés) en cas de résiliation anticipée « *quel qu'en soit le motif* »⁹⁴⁵. Simultanément, mais dans un autre arrêt, elle a admis une clause par laquelle le professionnel impose à son cocontractant des frais de résiliation dans certaines hypothèses, telles le décès du titulaire du contrat ou la non exécution du contrat pendant plus d'un an, au motif que cette résiliation le prive des ressources escomptées en vertu de la durée convenue du contrat⁹⁴⁶. Est regardée, toujours par les juges de la cour d'appel de Versailles, comme contraire à l'art. L. 132-1 C.consom. la clause d'un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié qui prévoit qu'en cas de résiliation,

⁹⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 29.10.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁴² Commentaire d'arrêt, p. 560.

⁹⁴³ Commentaire d'arrêt, p. 560.

⁹⁴⁴ ABRAVANEL-JOLLY, p. 427.

⁹⁴⁵ CA de Versailles, 20.05.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (numéro de l'arrêt [cav200505_277.pdf](http://www.clauses-abusives.fr)).

⁹⁴⁶ CA de Versailles, 20.05.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (n° de l'arrêt : [cav200505_265.pdf](http://www.clauses-abusives.fr)).

quelle qu'en soit la cause, il ne sera procédé à aucun remboursement du gaz repompé⁹⁴⁷.

- 496 Les tribunaux condamnent unanimement les clauses imposant une indemnité au consommateur qui résilie pour de justes motifs⁹⁴⁸ ou restreignent le droit de résilier sans indemnité pour justes motifs en énumérant exhaustivement ceux-ci⁹⁴⁹.

b. Avantages unilatéraux en cas de résiliation

- 497 Le tribunal de grande instance de Paris a déclaré abusive une clause au moyen de laquelle le professionnel entendait se réserver le droit de résilier le contrat sans mise en demeure ni préavis pour un quelconque manquement, alors que le consommateur ne pouvait mettre fin au contrat qu'en cas de manquement grave⁹⁵⁰. La cour d'appel de Versailles est allée plus loin, en censurant la clause suivante, insérée dans un contrat d'accès à internet : « *chacune des parties peut résilier l'abonnement à tout moment et pour quelque raison que ce soit, par notification écrite adressée à l'autre partie dans les formes prévues à l'article 10* ». Pour cette cour, une telle clause, qui prive le consommateur du service qu'il avait choisi à des conditions auxquelles il avait adhéré, crée en sa défaveur, en raison de sa généralité ou de son imprécision, un déséquilibre significatif⁹⁵¹.
- 498 Cette même cour d'appel a jugé qu'une clause prévoyant la faculté du professionnel de résilier pour absence de commande pendant un an est abusive en ce qu'elle porte atteinte à la liberté du consommateur de déterminer seul sa consommation⁹⁵². Les juges du tribunal de grande instance de Nanterre sont moins sévères puisqu'ils condamnent certes la clause d'un contrat d'accès à internet qui réserve un droit de résiliation à défaut de connexion pendant six mois, mais seulement au motif qu'une telle résiliation ne saurait intervenir sans avertissement préalable (lequel n'était, *in casu*, pas prévu contractuellement)⁹⁵³.

⁹⁴⁷ CA de Versailles, 20.05.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (numéro de l'arrêt cav200505_277.pdf).

⁹⁴⁸ TGI de Nanterre, 09.02.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁴⁹ CA de Versailles 04.02.04, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Nanterre, 10. 09. 2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Voir aussi TGI de Grenoble, 31.03.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁵⁰ TGI de Paris, 05.04.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁵¹ CA de Versailles, 15.09.05, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr

⁹⁵² CA de Versailles, 20.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr (numéro de l'arrêt cav200505_277.pdf).

⁹⁵³ TGI de Nanterre, 09.02.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

c. Prorogation tacite du contrat

- 499 La cour d'appel de Versailles a jugé acceptable une clause prévoyant une prorogation automatique d'un an, chaque partie ayant la faculté de résilier en donnant un préavis de trois mois⁹⁵⁴.
- 500 Le tribunal de grande instance de Paris a vu un abus dans la clause d'un contrat d'abonnement « forfait illimité » à internet reconduit tacitement d'année en année, parce qu'une telle disposition empêche le consommateur de résilier l'abonnement pour un motif légitime ne permettant plus à celui-ci d'avoir l'utilité du service telles la maladie ou la perte d'emploi⁹⁵⁵.

C. Clauses réduisant l'accès à la justice

- 501 La jurisprudence concernant cette problématique se résume presque exclusivement à des dispositions contractuelles inversant le fardeau de la preuve⁹⁵⁶.
- 502 Dans un arrêt de 2005⁹⁵⁷, la Cour de cassation s'est prononcée sur une clause traitant de la preuve de l'information que le prêteur doit donner, trois mois avant l'échéance du contrat, sur les conditions de la reconduction du contrat⁹⁵⁸. La disposition en question prévoyait : « *De convention expresse, pour limiter les coûts du crédit, la délivrance de cette information sera établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi* ». Cette stipulation posait problème en ce qu'elle évitait au professionnel de devoir prouver le contenu de l'information fournie, puisque le simple enregistrement informatique de l'envoi suffisait à établir la délivrance de l'information. La haute juridiction affirme que la Cour d'appel a « *exactement décidé que cette clause, qui inverse, au détriment du consommateur, la charge de la preuve, crée, à l'encontre de ce dernier, un déséquilibre significatif entre les devoirs et obligations des parties* ». De cette formule, détachée de toutes les circonstances d'espèce, FENOUILLET déduit que la Cour de cassation entend

⁹⁵⁴ CA de Versailles, 20.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁵⁵ TGI de Paris, 05.04.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; voir aussi TGI de Paris, 10.10.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁵⁶ Il convient de rappeler ici que la CJCE a, dans l'arrêt Océano (CJCE, aff. C-240 à C-244, 27.06.2000, Océano Grupo Editorial SA contre Rocio Murciano Quintero, Rec. 2000, p. I-4941), jugé abusives les clauses de prorogation de for (voir supra n° 263). Les arrêts rendus par les tribunaux français, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à cette jurisprudence, vont dans le même sens (voir les exemples donnés par HENRY, Code civil Dalloz, art. 1135, n° 103).

⁹⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁵⁸ Ainsi que le prévoit l'art. L. 311-9 C. consom.

prohiber, de manière générale, les clauses renversant au détriment du consommateur le fardeau de la preuve⁹⁵⁹.

- 503 Il se peut toutefois que la nature de la prétention qu'éleve le consommateur implique que ce soit celui-ci qui doit supporter la charge de la preuve. Ainsi, en 1998, la Cour de cassation avait admis une disposition qui mettait à la charge du preneur d'assurance multirisque habitation, en l'absence d'effraction, la preuve d'un vol par escalade, l'usage de fausses clés ou l'introduction clandestine⁹⁶⁰. Et postérieurement à l'arrêt de principe examiné plus haut, la Cour de cassation a laissé subsister une clause renversant le fardeau de la preuve⁹⁶¹. Il s'agissait d'une clause excluant la garantie en cas d'entretien courant ou de réparation d'un véhicule par d'autres professionnels que ceux appartenant au réseau de concessionnaires exclusifs ou d'agents officiels; mais, même dans un tel cas, le consommateur pouvait se prévaloir de la garantie, s'il apportait la preuve que l'entretien avait été réalisé selon les spécifications du constructeur. FENOUILLET est d'avis que cette argumentation est convaincante, tant il est vrai qu'il est plus facile au consommateur de prouver que l'entretien a été conforme aux spécifications du constructeur, qu'au professionnel de prouver l'irrespect des normes par le tiers auquel avait eu recours le consommateur⁹⁶².
- 504 On notera, dans un autre registre, que le TI de Rennes a jugé abusive une clause qui subordonnait à une expertise préalable toute action en justice du consommateur⁹⁶³.

5 Recherche de critères plus faciles à mettre en œuvre

- 505 LAGARDE est d'avis qu'il est malaisé de déterminer dans un cas concret, sur la base des critères légaux, si une clause doit être ou non considérée comme abusive. Ces critères sont pour lui relativement imprécis, ce qui permet des « *appréciations intuitives* ». Il a dès lors recherché une méthode permettant de faciliter l'identification des clauses abusives et a abouti à la conclusion qu'une clause est abusive d'une part si elle menace l'économie du contrat (première hypothèse) et d'autre part si elle octroie un avantage excessif au professionnel (seconde hypothèse)⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ FENOUILLET, La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives, p. 721.

⁹⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 07.07.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 05.07.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁶² Les clauses abusives, p. 373.

⁹⁶³ TI de Rennes, 21. 11. 2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁶⁴ Qu'est-ce qu'une clause abusive - Etude pratique, p. 257 ss.

506 Pour cet auteur, « *respecter l'économie du contrat suppose de garantir la réalisation effective de l'équilibre voulu par les parties. Sont abusives les clauses qui menacent une telle réalisation* »⁹⁶⁵. L'arrêt de la Cour de cassation qui condamne la clause obligeant le consommateur à rembourser, en cas de résiliation, la remise de 60% dont il avait bénéficié à la conclusion du contrat⁹⁶⁶, est cité à titre d'exemple. Le consommateur pensait avoir obtenu une réduction en échange d'une contrainte, laquelle est telle qu'en réalité, il ne s'agit pas d'un rabais consenti dans le cadre d'un contrat de vente, mais simplement d'une vente liée. Par conséquent, l'équilibre voulu ne se réalisera pas⁹⁶⁷.

507 La seconde catégorie définie par LAGARDE est constituée des clauses qui « *octroient au professionnel, et à lui seul un avantage excessif* ». Il faut donc tout d'abord que la clause *octroie* quelque chose au professionnel, condition qui n'est réalisée que si le celui-ci impose quelque chose au consommateur. Tel n'est pas le cas lorsque « *la stipulation constatée par la clause dépend d'une libre négociation entre les parties* », raison pour laquelle la Cour de cassation n'a pas condamné la clause permettant au professionnel de fixer le prix dans une fourchette librement définie⁹⁶⁸. C'est de ce même arrêt que l'auteur déduit que *seul le professionnel doit profiter de l'avantage imposé*. Car un des arguments utilisés par la Cour de cassation pour nier le caractère abusif de la clause examinée est que celle-ci était favorable au déposant. Et c'est bien aussi pour cette raison que la haute cour a jugé admissible une clause de conciliation : comme nul ne peut connaître à l'avance l'issue d'une conciliation, on ne peut affirmer que seul le professionnel en tirera avantage. Il ne saurait, pour LAGARDE, y avoir d'avantage que si la clause améliore la situation du professionnel par rapport à ce qu'elle serait si les dispositions supplétives étaient appliquées. Il en va ainsi des clauses inversant la charge de la preuve ou de celles inversant la théorie des risques⁹⁶⁹. L'excès – notion que l'auteur juge équivalente à celle de déséquilibre significatif – « *résulte de ce que l'avantage n'a ni contrepartie, ni motif légitime* ». Dans l'affaire du dépôt-vente⁹⁷⁰, c'est justement l'existence d'une contrepartie (soit la possibilité offerte au consommateur de reprendre les biens déposés sans verser

⁹⁶⁵ Qu'est-ce qu'une clause abusive - Etude pratique, p. 257.

⁹⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 29.12.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; cf. supra n° 494.

⁹⁶⁷ Qu'est-ce qu'une clause abusive - Etude pratique, p. 258.

⁹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; cf. supra n° 475.

⁹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 17.03.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr; Cass. 1^{re} civ., 10.02.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Cf. supra n° 501.

⁹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 01.02.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr; cf. supra n° 475.

la moindre indemnité) qui a conduit la Cour de cassation à juger que la clause n'était pas abusive. Pour LAGARDE, la clause du contrat d'assurance multirisque habitation inversant la charge de la preuve en cas de vol sans effraction⁹⁷¹ est justifiée par un motif légitime. En l'espèce, il s'agit de l'« économie générale du contrat ». Car, comme l'indique la Cour de cassation, « l'appréciation par l'assureur du risque de vol serait complètement faussée si l'assuré, n'étant plus tenu de rapporter la preuve des conditions dans lesquelles le vol s'est réalisé, pouvait prétendre au bénéfice d'une assurance vol tous risques, ou en réglant une prime très inférieure due au titre d'un contrat synallagmatique ». Pour cet auteur, le motif légitime permettant le maintien d'une clause imposant au consommateur la preuve que l'entretien a été réalisé selon les spécifications du constructeur⁹⁷² réside dans le fait qu'il n'y a aucun autre moyen de vérifier les allégations du consommateur.

V. Transparence

1 Règle d'interprétation

508 L'art. L. 133-2 C.consom. a la teneur suivante :

« Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.

Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 ».

509 Le droit commun connaît, avec l'art. 1162 C. civ., une maxime d'interprétation – non contraignante – proche de celle formulée dans cette disposition. Toutefois, il ressort d'un arrêt de la Cour de cassation⁹⁷³ une différence non négligeable entre ces deux normes. Etait litigieuse, en l'espèce, la clause d'un contrat d'assurance définissant l'invalidité permanente et totale de la manière suivante :

⁹⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 07.07.1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; cf. supra n° 503.

⁹⁷² Cass. 1^{re} civ., 05.07.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. cf. supra n° 503.

⁹⁷³ Cass. 1^{re} civ., 21.01.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

510 « Un assuré est considéré comme étant en état d'invalidité permanente et totale [...] lorsqu'à la suite d'un accident ou d'une maladie :

- *il est dans l'impossibilité absolue de se livrer à aucune occupation, ni aucun travail lui procurant gain ou profit ;*
- *il est reconnu par la sécurité sociale pour l'appréciation des articles 310 et 453 du code de la sécurité sociale (ancienne codification) comme étant dans l'obligation d'avoir recours à l'assurance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie ».*

511 Pour l'assureur, les conditions énoncées étaient cumulatives ; pour l'assuré, elles étaient alternatives. La cour d'appel, qui avait tranché en faveur du premier, a été désavouée, au motif que « *la clause devait être interprétée dans un sens favorable à l'adhérent* ». Il s'ensuit que, contrairement à l'art. 1162 C. civ., l'art. L. 133-2 C.consom. est de nature impérative.

512 L'interprétation favorable au consommateur a aussi été pratiquée en cas de contradiction entre deux clauses d'un contrat d'assurance-groupe quant à la définition de l'incapacité totale⁹⁷⁴ ou pour estimer qu'une grossesse avec complication peut être assimilée à une « maladie ou accident grave »⁹⁷⁵.

513 Sur un autre point en revanche, la jurisprudence ne dit pas, à notre connaissance, s'il y a similitude ou non entre ces deux dispositions. Il s'agit de la question de savoir si, avant d'appliquer le principe *contra stipulatorem*, il faut tenter de dissiper, par les moyens d'interprétation classiques, le doute qui survient à la lecture de la clause. Tel est bien le cas dans le cadre de l'art. 1162 c. civ.⁹⁷⁶. En revanche, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée s'agissant de l'art. L. 133-2 C.consom. Pour répondre à cette question, il faut garder à l'esprit que la règle de l'interprétation favorable au consommateur constitue plutôt un moyen de sanctionner le professionnel que de rechercher la véritable volonté des parties⁹⁷⁷. FENOUILLET expose bien la problématique : « *la solution devrait dépendre du rôle encore assigné à la volonté dans les contrats conclus par les consommateurs. Doit-on d'abord chercher ce qu'ont normalement dû comprendre les parties ou doit-on, en tout état de cause, prendre parti en faveur du consommateur ? Opter pour cette dernière solution, c'est déraciner ces contrats du fond volontariste. C'est aussi encourager le consommateur, même lorsqu'il n'a pu raisonnablement avoir de*

⁹⁷⁴ CA d'Aix-en-Provence, 14.05.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁷⁵ CA de Nancy, 10.06.2004, arrêt n° 1338/2004, Juris-Data n° 211557.

⁹⁷⁶ CA de Reims, 07.01.2004, Juris-Data n° 2004-237171 ; CA d'Aix-en-Provence, 26.06.2002, in : JCP 2004, II, 10022.

⁹⁷⁷ AVENA-ROBARDET, p. 693.

doute sur le sens de la clause litigieuse, à y dénicher une ambiguïté formelle afin d'en obtenir une interprétation favorable. Cela se discute »⁹⁷⁸.

- 514 Parfois, une interprétation favorable au consommateur permet d'écartier le caractère abusif d'une clause. Ainsi, par exemple, une clause exonératoire de responsabilité d'un gestionnaire de portefeuille boursier en cas de résultat déficitaire a-t-elle été interprétée comme n'exigeant pas la preuve d'une faute lourde ou dolosive, mais d'une simple faute⁹⁷⁹.
- 515 Les tribunaux ne semblent pas non plus avoir déterminé si le caractère ambigu d'une clause doit s'apprécier de manière concrète ou abstraite. La doctrine, invoquant la sécurité du droit, penche plutôt pour la seconde solution⁹⁸⁰.
- 516 Enfin, l'art. L. 132-1 C.consom. prévoit, avec une formulation très proche de l'art. 4 par. 1 Dir. 93/13, qu'il faut se référer, pour apprécier le caractère abusif d'une clause, aux circonstances de la conclusion du contrat, d'autres clauses du contrat en question et d'autres clauses de contrats connexes.

2 Abus en raison d'un manque de transparence

- 517 Se pose la question de savoir si une clause ne satisfaisant pas aux exigences de présentation et rédaction claires et compréhensibles, au sens de l'art. L. 133-2 C.consom., doit, pour cette seule raison, être déclarée abusive.
- 518 Certains auteurs rattachent cette problématique à celle du consentement et estiment que ce dernier ne saurait exister au cas où un document est illisible (en raison de sa présentation) ou incompréhensible (en raison de son libellé)⁹⁸¹. PAISANT estime pour sa part que seuls des problèmes de présentation sont à même de rendre la clause inopposable au consommateur, et non des problèmes de fond. Il invoque des arguments d'ordre méthodologique. Car il n'est question pour lui, dans la disposition précitée, que d'interprétation ; procéder à l'élimination d'une clause est en revanche une question d'appréciation. Et ces deux notions sont différentes : « *Dans interpréter, il y a l'idée de donner un sens en clarifiant ce qui est obscur,*

⁹⁷⁸ Commentaire d'arrêt, p. 937.

⁹⁷⁹ CA de Paris, 23.09.1993, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Voir aussi CA de Versailles, 04.03.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr et CA de Paris, 20. 09. 2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁸⁰ PAISANT, L'ambiguïté, p. 2161 ; CLARET, p. 2601.

⁹⁸¹ GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, L'élimination, p. 277.

tandis qu'apprécier implique l'existence d'un jugement de valeur que n'inclut pas l'interprétation. Logiquement l'interprétation précède l'appréciation »⁹⁸².

- 519 La jurisprudence ne semble pas convaincue par ce dernier raisonnement. La Cour de cassation n'a rendu qu'un seul arrêt en la matière⁹⁸³. L'affaire avait pour cadre le développement de pellicules photo. Une clause prévoyait que la non restitution ou la détérioration des films confiés, donneraient lieu « à un dédommagement représenté par un film vierge et son traitement gratuit ou par leur contre-valeur, au choix du client ». Plus loin, il était précisé : « dans le cas de travaux ayant une importance exceptionnelle, il est recommandé d'en faire la déclaration lors de la remise afin de faciliter une négociation de gré à gré ». Pour la haute cour, le consommateur pouvait comprendre que la faculté de négocier portait sur le prix de la prestation et non sur l'indemnisation du préjudice subi, ce qui rend la clause abusive.
- 520 Les juges d'instances inférieures déclarent fréquemment une clause abusive pour manque de clarté, que celui-ci soit dû au fond ou à la forme. Nous tentons ici une présentation systématique ; mais il faut préciser que les catégories évoquées ci-après se combinent fréquemment dans la pratique⁹⁸⁴.
- 521 Ont été censurées des clauses regardées comme ambiguës⁹⁸⁵, ou de nature à créer une confusion⁹⁸⁶ notamment à cause d'une contrariété de termes⁹⁸⁷. Subissent le même sort les clauses considérées comme trop imprécises, comme celle ayant pour objet des intérêts de retard et qui fait référence au respect d'échéances sans préciser lesquelles et ne mentionne pas le point de départ des intérêts⁹⁸⁸ ; on peut citer également celle qui pénalise le consommateur pour des manquements pas clairement définis (résiliation en cas d'« abus massifs »)⁹⁸⁹. Dans le même ordre d'idées, il faut mentionner les clauses ayant

⁹⁸² Les clauses abusives et la présentation, p. 107 s.

⁹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 19.06.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr; cf. supra n° 479.

⁹⁸⁴ Voir par exemple CA de Versailles, 15.09.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr : clause imprécise et ambiguë.

⁹⁸⁵ CA de Paris, 04.09.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁸⁶ TGI de Grenoble, 20.03.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ;

⁹⁸⁷ CA de Versailles, 15.09.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Nanterre, 02.06.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁸⁸ CA de Versailles, 20.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁸⁹ TGI de Paris, 21.02. 2, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Nombreux sont les cas dans lesquels l'imprécision d'une clause a contribué à rendre celle-ci insuffisamment transparente. Voir par exemple CA d'Aix-en-Provence, 26.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Paris, 04.04.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Grenoble, 10.07.2000, disponible

pour effet d'induire en erreur le consommateur⁹⁹⁰ ou celles qui peuvent être interprétées dans un sens qui les rend abusives⁹⁹¹.

- 522 Le manque de transparence peut aussi, comme nous venons de le dire, être dû à la forme du contrat. Sont ainsi sanctionnées les clauses imprimées dans une taille de police inférieure à 8⁹⁹² ou présentant d'autres problèmes liés à la typographie⁹⁹³. D'autre part, l'emplacement systématique d'une clause peut rendre celle-ci abusive⁹⁹⁴. Sans surprise, la Cour de cassation a condamné une clause d'exclusion écrite en petits caractères qui se trouvait « noyée » dans un texte de seize articles, alors qu'un dépliant publicitaire prévoyait une garantie des dommages exempte de toute exclusion⁹⁹⁵. La rédaction trop générale d'une clause peut aussi rendre celle-ci abusive⁹⁹⁶.
- 523 Il arrive que le manque de transparence ne soit invoqué par les tribunaux que pour confirmer le caractère abusif d'une clause⁹⁹⁷.

sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Nanterre, 03.03.1999, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁹⁰ CA de Versailles, 20.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁹¹ TGI de Grenoble, 27.11.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Grenoble, 10.07.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Paris, 10.10.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁹² Cass. 1^{re} civ., arrêt n° 1435 FS-P+B du 14.11.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; CA d'Aix-en-Provence, 26.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. En revanche, celles atteignant cette grandeur d'impression sont admises : voir tribunal de grande instance Grenoble, 31.02.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁹³ Ainsi une clause prévoyant, dans certaines hypothèses, un délai d'attente qui, bien que précédée du mot « attention », se fonde dans le corps du texte, alors que, dans le même contrat, pour stipuler un autre délai d'attente, l'assureur a choisi des caractères majuscules et bien plus grands (CA de Nancy, 01.04.2003, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr) ;

⁹⁹⁴ CA d'Aix-en-Provence, 26.05.2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Grenoble, 29.01.2001, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Grenoble, 07.09.2000, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

⁹⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 27.02.1996, in : Contrats, concurrence, consommation, 1995, n° 94.

⁹⁹⁶ TGI de Brest, 21.12.1994, D 1995, somm. 310, obs. Pizzio.

⁹⁹⁷ Voir par exemple CA de Grenoble, 16.03.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; TGI de Niort, 06.01.2006, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

VI. Conséquence du caractère abusif d'une clause

- 524 Les alinéas 6 et 8 de l'art. L. 132-1 C.consom. traitent du sort d'une clause jugée abusive. Le premier prévoit : « *Les clauses abusives sont réputées non écrites* » ; le second précise : « *Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses* ».
- 525 Une clause peut être éliminée quand bien même elle aurait présenté un caractère essentiel pour le professionnel⁹⁹⁸. Elle doit être remplacée par les dispositions impératives enfreintes ou des dispositions supplétives convenables⁹⁹⁹. Peu examinée en doctrine, la question de savoir si le juge peut corriger une clause divise les cours d'appel qui en ont été saisies¹⁰⁰⁰ ; il faudra donc attendre un arrêt de la Cour de cassation sur ce point. Toutefois, de manière générale, le droit français est hostile à la réécriture d'une clause, considérant qu'un tel procédé met trop à mal le principe de la liberté contractuelle¹⁰⁰¹.
- 526 La nullité ne touche en principe que les clauses abusives ; la nullité de l'ensemble du contrat constitue l'exception et ne vise « *que les cas exceptionnels où la clause abusive serait absolument nécessaire à l'existence même du contrat et ne pourrait être remplacée par des dispositions impératives ou supplétives, voire par référence aux usages* »¹⁰⁰². Il faut donc qu'*objectivement* le contrat perde tout son sens en l'absence de la clause incriminée ; que le contrat, subsistant sans les clauses abusives, n'ait plus de sens *pour le professionnel*, ne saurait remettre en cause l'ensemble de la convention¹⁰⁰³. La jurisprudence n'offre que très peu d'exemples de ce cas de figure¹⁰⁰⁴.
- 527 Seul le consommateur peut se prévaloir de la nullité d'une clause¹⁰⁰⁵.

⁹⁹⁸ GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, L'application, p. 280 ; PAISANT, Les clauses abusives et la présentation, p. 104.

⁹⁹⁹ GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, L'application, p. 280.

¹⁰⁰⁰ Ont dénié au juge cette possibilité la CA de Nîmes, 19.03.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; la CA de Grenoble, 16.03.2004, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr ; est en revanche favorable à une telle solution la CA de Paris, 20.09.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr.

¹⁰⁰¹ Voir par exemple CA de Nîmes, 19.03.1998 : RG n° 96-3575 ; arrêt n° 204 ; Juris-Data n° 030537.

¹⁰⁰² GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, L'application, p. 280.

¹⁰⁰³ TESTU, La transposition, p. 375.

¹⁰⁰⁴ Voir par exemple CA de Lyon, 10.05.2001 : RG n° 1999/07577.

¹⁰⁰⁵ PIZZIO, art. L. 132-1, n°7 ; BAIER, p. 187.

Chapitre 4 : Synthèse

§ 1 *Champ d'application personnel*

528 La loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 s'applique aux *contrats conclus entre un professionnel d'une part et un consommateur ou non professionnel d'autre part*. La doctrine définit la notion de professionnel de manière large (« *la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service* »). Il n'empêche que des problèmes de qualification peuvent se poser, notamment lorsqu'un professionnel a, en plus de son activité principale, une activité accessoire. La question est de savoir si la loi est applicable aux contrats relevant de cette dernière. La réponse jurisprudentielle, se fondant sur un critère « quantitatif », a été critiquée par la doctrine. La Cour de cassation a jugé que les notions de consommateur et de non professionnel sont distinctes, alors que la doctrine hésitait. La principale problématique relative au champ d'application personnel de la loi consiste à se demander si et dans quelle mesure un professionnel peut être assimilé à un non professionnel. L'idée sous-jacente est la suivante : il est des cas dans lesquels un professionnel se trouve, lorsqu'il contracte, dans une même position de faiblesse qu'un consommateur et doit dès lors être protégé. Encore faut-il pouvoir déterminer quels sont ces cas. Pour ce faire, la jurisprudence a, avant 1995, utilisé divers critères : l'état d'ignorance du professionnel, la distinction entre « actes de profession » et « actes simplement relatifs à l'activité professionnelle » et les compétences du professionnel. Depuis 1995, les tribunaux refusent de protéger le professionnel lorsque celui-ci passe des contrats en « rapport direct » avec son activité. Cette notion est interprétée très largement par la Cour de cassation qui affirme presque systématiquement l'existence d'un tel rapport. Les instances inférieures se montrent en revanche plus généreuses pour le professionnel. Le revers de la médaille est une certaine insécurité du droit : la jurisprudence manque cruellement de constance et est parfois même franchement contradictoire. La doctrine s'efforce en partie de compléter ce critère de délimitation et en partie d'en trouver d'autres. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation n'exclut pas qu'une personne morale puisse se prévaloir de la loi n° 95-96 ; elle ne précise toutefois pas dans quelles circonstances. Les critères choisis par le législateur français posent en outre certaines questions spécifiques : la qualification de contrat accessoire, le début et la fin de l'activité professionnelle, le sort du professionnel ou consommateur non contractant et l'usage mixte d'un bien ou service.

§ 2 *Champ d'application matériel*

529 La loi s'applique à tous types de contrats se rapportant à *des biens ou services*. Pour la doctrine, seuls les contrats écrits sont visés. Les contrats négociés tombent sous le coup de la loi ; en pratique, cette dernière ne leur est cependant pas appliquée. L'exclusion relative aux clauses reflétant des dispositions législatives ou réglementaires ou impératives et des principes ou dispositions relevant de conventions internationales n'a pas été reprise par le législateur français. En revanche, la loi (art. L. 132-1 al. 1 C.consom.), précise que l'appréciation du caractère abusif ne peut porter ni sur la définition de l'objet principal, ni sur le rapport entre le prix et la prestation offerte. Cette dernière précision semble presque superflue à une partie de la doctrine, pour qui la solution inverse reviendrait à généraliser la lésion.

§ 3 *Intégration*

530 La notion d'intégration au contrat ne ressort pas de la loi française ; elle n'est pas, en tant que telle, discutée par la doctrine. Cependant, la jurisprudence a dégagé des règles en la matière que l'on peut résumer comme suit : 1) le consommateur doit avoir l'occasion de prendre connaissance des CGA et il doit les accepter et 2) si les CGA sont séparées du contrat principal, un renvoi semble suffire.

§ 4 *Contrôle du contenu*

531 S'agissant du *contrôle du contenu*, deux instruments particuliers méritent à peine d'être mentionnés. Il s'agit premièrement des décrets en Conseil d'État/dispositions d'ordre réglementaire ; ceux-ci constituent une liste « noire » si restreinte et si spécifique qu'elle ne joue qu'un rôle limité. Il s'agit ensuite des recommandations de la Commission sur les clauses abusives ; également sectorielles, celles-ci sont certes bien plus nombreuses, mais elles n'ont aucun effet contraignant.

532 Sont donc déterminantes la clause générale de l'art. L. 132-1 C. Consomm. et la liste qui l'accompagne. La clause générale ne contient pas l'obligation de bonne foi. De manière générale, la doctrine ne trouve pas cette omission problématique, arguant 1) que le Code civil consacre déjà l'obligation de bonne foi, 2) qu'en cas de déséquilibre contractuel grave, l'utilisateur des CGA ne peut pas être de bonne foi, 3) que la mention de la bonne foi pourrait affaiblir la sécurité du droit ou encore 4) que la contrariété à la bonne foi pourrait constituer une condition supplémentaire à établir par le consumma-

teur et, en ce sens, être défavorable à ce dernier. Une partie de la doctrine est d'avis que le déséquilibre doit, pour être significatif, « relever de l'évidence » ; pour d'autres, la disproportion doit être « manifeste » ; certains enfin pensent que le déséquilibre doit « être significatif d'un comportement abusif de celui qui était en situation de force ».

- 533 Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a permis de dégager quelques affirmations générales. Ainsi, notamment : 1) toute obligation mise à la charge du consommateur est susceptible de créer un déséquilibre significatif, 2) une asymétrie « formelle » (« inégalité des armes ») conduit forcément à un déséquilibre significatif et 3) une disposition contractuelle peut être sanctionnée (il s'agit, il est vrai, d'une jurisprudence isolée) parce qu'elle apparaît comme contraire à l'esprit du contrat. Les avis sont partagés quant à savoir si les circonstances concrètes ou, au contraire, abstraites entourant la conclusion du contrat, doivent être prises en compte, mais la question ne fait pas l'objet de vifs débats. La possibilité de ne pas sanctionner une clause défavorable au consommateur parce qu'elle est « compensée » par une autre (qui lui est favorable), semble approuvée par la doctrine. La liste accompagnant la clause générale diffère bien peu de celle du droit communautaire. Elle n'a que valeur d'indice et est, de ce fait, qualifiée par d'aucuns de « blanche ».
- 534 Dans notre tentative de systématisation de la jurisprudence, nous avons vu que les tribunaux ont tendance à considérer comme abusives : 1) les clauses permettant une modification unilatérale du contrat (sauf si cela est nécessaire à l'utilisateur des CGA), 2) celles réduisant les droits du consommateur en cas d'exécution défectueuse par le professionnel (notamment, celles permettant au professionnel de s'exonérer de toute responsabilité sans contrepartie), 3) celles obligeant le consommateur à fournir ses prestations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes ou ne les exécute qu'imparfaitement (notamment celles empêchant le consommateur de se prévaloir de l'exception d'inexécution et celles mettant à la charge du consommateur le paiement d'un service qui n'est pas fourni), 4) celles pénalisant trop fortement le consommateur qui ne remplit pas ses obligations contractuelles et 5) celles mettant à la charge du consommateur certains frais et/ou risques de manière injustifiée (en particulier celles faisant supporter au consommateur des dommages sans réserver les cas où ceux-ci proviennent d'une cause qui ne lui est pas imputable). S'agissant spécifiquement des clauses sur la fin du contrat, sont particulièrement dans le collimateur des tribunaux : 1) les clauses obligeant le consommateur à verser une indemnité s'il met fin au contrat, 2) celles offrant des avantages unilatéraux au professionnel en cas de fin du contrat et 3) celles instaurant une prorogation tacite du contrat. Enfin, la jurisprudence sanctionne dans la règle les clauses inversant le fardeau de la preuve.

535 La doctrine se prononce assez peu sur les méthodes qui devraient régir la détermination des clauses abusives. LAGARDE fait un peu figure d'exception, puisqu'il propose des critères nouveaux. Pour lui, sont abusives les clauses 1) qui empêchent la réalisation effective de l'équilibre voulu par les parties et 2) qui octroient au professionnel, et à lui seul, un avantage excessif (l'excès résultant de ce que l'avantage conféré au professionnel n'a ni contrepartie, ni motif légitime).

§ 5 *Interprétation in dubio contra stipulatorem*

536 L'interprétation *contra stipulatorem* figure expressément dans la loi française. Toutefois, est controversée la question de savoir si, avant d'appliquer ce principe, il faut utiliser les principes traditionnels d'interprétation des contrats. La systématique de la loi rapproche l'interprétation *contra stipulatorem* de la transparence. Selon la jurisprudence – et même si cette affirmation devrait peut-être être nuancée – un défaut de transparence peut rendre une clause abusive.

§ 6 *Sanctions*

537 Toute clause est susceptible d'être déclarée abusive, même si elle présente un caractère essentiel. La jurisprudence est divisée quant à savoir si, après avoir supprimé une clause, le juge peut la réécrire ; cependant, le droit français est traditionnellement opposé à une telle solution. Le fait qu'une clause soit non écrite n'affecte que très rarement le reste du contrat.

PARTIE 5 : DROIT ALLEMAND

538 Après quelques brèves remarques introductives (chapitre 1) et historiques (chapitre 2), nous étudierons le champ d'application personnel (chapitre 3) – plus large que celui des droits communautaire et français – et matériel (chapitre 4) – un peu plus restrictif que la dir. 93/13 et que la pratique du droit français – des dispositions topiques du droit allemand, avant de nous pencher sur les règles strictes et bien précises qu'a posées le législateur allemand en matière d'intégration (chapitre 5). Nous verrons ensuite comment nos voisins d'outre-Rhin envisagent la règle de la priorité des conventions individuelles (chapitre 6). Puis nous examinerons comment doivent s'interpréter les CGA (chapitre 7). Il sera alors temps de se préoccuper de l'appréciation du caractère abusif d'une clause (chapitre 8) – la question de la transparence étant intimement liée à cette dernière. Enfin, nous traiterons des conséquences du caractère abusif d'une clause (chapitre 9).

Chapitre 1 : Introduction

539 Le droit allemand régit le droit des CGA aux §§ 305 à 310 BGB, la clause générale figurant au § 307 BGB. Il diverge de la Dir. 93/13 sur des points importants.

540 Tout d'abord, le § 310 BGB accorde une protection – différenciée il est vrai¹⁰⁰⁶ – à n'importe quel client et pas seulement au consommateur.

541 Les §§ 305, 305a et 305c BGB instituent, en amont du contrôle du caractère abusif d'une clause (ou contrôle du contenu), un contrôle de l'intégration des CGA. Ce dernier pose la question de savoir si le consentement du client porte sur les CGA, en d'autres termes si celles-ci sont devenues ou non un document contractuel.

542 La troisième grande différence d'avec la directive est l'introduction, au § 309 BGB, d'une liste noire de clauses, aux côtés d'une liste grise figurant au § 308 BGB.

¹⁰⁰⁶ Voir infra n° 546 ss et n° 553 ss.

Chapitre 2 : Historique

- 543 A partir des années 1950, le BGH a procédé à un contrôle du contenu sur la base du § 242 BGB, qui consacre l'obligation de bonne foi en matière contractuelle. Mais cette disposition était pour le moins vague et ne permettait dès lors pas de subsomption¹⁰⁰⁷. C'est pourquoi, dans les années 1970, des voix se sont élevées pour que le législateur se saisisse du problème. Le premier projet prévoyait de ne protéger que les consommateurs ; cette proposition fut mal accueillie, car les arrêts les plus retentissants rendus en cette matière concernaient alors des litiges entre professionnels¹⁰⁰⁸.
- 544 Ce point ayant été corrigé, fut édictée en 1976 une loi sur les CGA (« *Gesetz zur Regelung des Rechtes der AGB* »¹⁰⁰⁹, dite « *AGB-Gesetz* ») qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1977. Celle-ci instituait principalement la règle *in dubio contra stipulatorem* (§ 5), la priorité des accords individuels sur les CGA (§ 4), le principe selon lequel ne sont pas intégrées les clauses surprises (§ 3). Toutefois, les dispositions centrales de ce texte étaient la clause générale (§ 9) ainsi que deux imposantes listes de clauses (§ 10 et 11).
- 545 En 2002, lors de la modernisation du droit des obligations¹⁰¹⁰, le législateur abrogea la loi sur les CGA, qu'elle intégra dans le BGB, tout en lui faisant subir par là un « amincissement » drastique qui pourtant n'apporta que peu de modifications de fond¹⁰¹¹. Les §§ 305 à 310 BGB constituent depuis lors le siège de la matière.

Chapitre 3 : Champ d'application personnel

§ 1 Généralités

- 546 Le législateur allemand appréhende le champ d'application personnel de la loi en se fondant sur des prémisses différentes de celles du droit communautaire. Pour lui, les CGA sont dangereuses parce qu'elles sont le résultat d'une expression unilatérale de la liberté contractuelle. Selon cette conception, l'asymétrie est due au processus de la formation du contrat et non à la qualité des parties – même s'il n'est pas contesté qu'en pratique, les deux questions sont bien souvent inextricablement liées.

¹⁰⁰⁷ ZWEIGERT/KÖTZ, p. 329.

¹⁰⁰⁸ ZWEIGERT/KÖTZ, p. 329.

¹⁰⁰⁹ Loi du 09.12.1976, BGBl. I, p. 3317 ss.

¹⁰¹⁰ BGBl. I, p. 42, et BGBl. I 2003, p. 738.

¹⁰¹¹ ULMER/BRANDNER/HENSEN, p. V.

- 547 Le champ d'application personnel du droit allemand est dès lors bien différent de celui de la directive : tous les clients, quelle que soit leur nature, sont protégés contre des CGA abusives. Ils le sont quel que soit l'utilisateur des CGA, lequel peut tout à fait être un consommateur. La qualification des parties au contrat n'est donc pas aussi déterminante qu'elle l'est en droits communautaire et français.
- 548 La qualité des parties au contrat n'est toutefois pas totalement dénuée d'importance, puisque la loi institue un niveau de protection différencié en fonction de la nature du client. La matière est régie par le § 310 BGB qui, même s'il n'établit pas de niveau « moyen » de protection, accroît (al. 3) cette dernière lorsque le client est un consommateur et l'affaiblit (al. 1) en présence d'un professionnel (*Unternehmer*).

§ 2 Professionnel (*Unternehmer*)

I. Notion

- 549 La notion de professionnel est définie au § 14 BGB, qui a la teneur suivante :

(1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

(2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

- 550 Il y a activité commerciale (*gewerbliche Tätigkeit*) ou professionnelle indépendante (*selbständige berufliche Tätigkeit*) en cas d'accomplissement, de manière indépendante, pour une certaine durée, de transactions économiques. Les prestations doivent être fournies à titre onéreux ; en revanche, la doctrine admet que l'intention de tirer des bénéfices de l'activité n'est pas nécessaire. En cas de doute, les auteurs admettent largement qu'un contrat conclu par un professionnel l'est en rapport avec son activité commerciale. Il est unanimement admis que les personnes exerçant une profession libérale sont des commerçants au sens de cette disposition¹⁰¹².

¹⁰¹² STOFFELS, AGB-Recht, n° 188 et les réf. citées.

II. Effets

551 Lorsque le client est un professionnel, les exigences relatives à l'intégration sont moindres et les listes des §§ 308 et 309 BGB ne s'appliquent pas ; de plus, il faut avoir égard, de manière appropriée, aux usages commerciaux. C'est une certaine flexibilisation qui est recherchée au moyen de cette disposition¹⁰¹³.

1 *Intégration*

552 L'intégration des CGA aux contrats est facilitée en ce que les dispositions du § 305 al. 2 BGB ne sont pas applicables (§ 310 al. 1 BGB). Ces dernières prévoient d'une part que le client doit être averti expressément de l'existence de CGA et d'autre part que celui-ci doit pouvoir prendre connaissance des CGA. L'utilisateur des CGA n'a pas non plus besoin de respecter ces règles en cas d'intégration par avance et pour des cas précis, de CGA (§ 305 al. 3 BGB)¹⁰¹⁴.

2 *Inapplicabilité des §§ 308 et 309 BGB*

553 Les listes de clauses des §§ 308 et 309 BGB ne s'appliquent pas. En revanche, aux termes du § 310 al. 1, phrase 2 BGB, une clause appréhendée par les §§ 308 et 309 BGB peut être examinée à la lumière de la clause générale du § 307 BGB. Certains auteurs prétendent que le catalogue des §§ 308 et 309 BGB n'est pas complètement dépourvu d'effets et que dans certaines circonstances, il a valeur d'indice du caractère abusif au sens du § 307 BGB¹⁰¹⁵. Ainsi en irait-il lorsque le client est économiquement dépendant de l'utilisateur de CGA, et de ce fait pour ainsi dire forcé de conclure le contrat ou quand ce dernier relève certes de l'activité commerciale ou professionnelle indépendante, mais ne concerne pas l'activité typique – le cœur de l'activité en question¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ BECKER, § 310 BGB, n° 3, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰¹⁴ Sur les exigences du § 305 al. 2 et 3 BGB, cf. infra n° 596 ss.

¹⁰¹⁵ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 7 ; BECKER, § 310 BGB, n° 3, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰¹⁶ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 8.

3 *Egard, de manière appropriée, aux usages commerciaux*

- 554 Il y a usages commerciaux, selon la jurisprudence constante¹⁰¹⁷, lorsqu'une règle est obligatoire dans les transactions entre commerçants, correspond à un usage effectif, uniforme et volontaire, s'est formée pendant une période appropriée pour des affaires comparables et se fonde sur une conception uniforme des parties concernées.
- 555 Moins claire est la signification de l'expression « *avoir égard de manière appropriée* ». Cette disposition a pour but de conférer au juge un certain pouvoir d'appréciation et doit agir comme un « correctif »¹⁰¹⁸. En d'autres termes, le juge doit analyser la clause à l'aune du § 307 BGB, puis éventuellement modifier le résultat ainsi obtenu.

§ 3 *Contrats de consommation*

I. *Généralités*

- 556 Le § 310 al. 3 BGB institue une protection accrue en faveur du consommateur lorsque celui-ci contracte avec un commerçant. Il s'agit alors d'un contrat de consommation. C'est la transposition de la directive qui a amené le législateur allemand à apporter cette modification. L'interprétation conforme à la directive joue donc un rôle important ici.
- 557 Cette disposition favorise triplement le consommateur. Elle pose une présomption favorable au consommateur, élargit le champ d'application matériel de la loi et enfin, permet de prendre en compte les circonstances d'espèce.

II. *Notion de consommateur*

1 *Généralités*

- 558 De manière quasiment symétrique à celle de commerçant, la notion de consommateur est définie, au § 13 BGB, de la manière suivante :

« Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann ».

¹⁰¹⁷ BGH in : NJW 1994, p. 659 s.

¹⁰¹⁸ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 9.

559 La notion de personne physique n'a pas besoin d'être explicitée plus avant, si ce n'est pour préciser que cette condition personnelle est également remplie lorsqu'une personne physique agit en tant que membre d'une communauté en main commune ou d'une *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*. En revanche, l'absence de lien entre le contrat et une activité commerciale ou professionnelle indépendante est plus problématique.

2 Absence de lien avec l'activité commerciale ou professionnelle indépendante

560 Cet élément pose la question du but du contrat. Il faut tout d'abord en déduire que les contrats conclus pour l'exercice d'une activité professionnelle dépendante sont des contrats de consommation¹⁰¹⁹. Lorsque le client n'exerce aucune activité commerciale ou professionnelle indépendante, il n'y a pas non plus de problèmes de qualification.

561 En revanche, lorsque le client exerce une activité commerciale ou professionnelle indépendante, la question se pose de savoir si le contrat est conclu à des fins privées ou non. Il faut, pour la doctrine majoritaire, se demander quel est le but du contrat, reconnaissable pour l'utilisateur des CGA¹⁰²⁰. BASEDOW est d'avis que cette conception n'est pas assez protectrice. Pour lui, le but protecteur de la directive ne saurait être restreint en ce sens que, le consommateur, pour bénéficier de ce statut sera obligé, en quelque sorte, de se déclarer comme tel ; ce n'est au contraire que si le client ne contracte manifestement pas à des fins privées ou si celui-ci induit en erreur son partenaire contractuel, qu'il ne doit pas bénéficier de la protection spéciale instituée ici¹⁰²¹.

562 La doctrine majoritaire résout la question classique de l'usage mixte par le critère de l'usage prépondérant¹⁰²². Cet avis se fonde essentiellement sur une interprétation historique et sur le contexte communautaire¹⁰²³. Toutefois, certains auteurs estiment que si le but n'est pas purement privé, le § 310 al. 3 BGB ne s'applique pas¹⁰²⁴. Sont invoquées les compétences dont dispose dans

¹⁰¹⁹ ULMER, § 310 BGB, n° 58, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 44.

¹⁰²⁰ ULMER, § 310 BGB, n° 59, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; HEINRICHS, Das Gesetz zur Änderung, p. 2191.

¹⁰²¹ Münch. Komm., § 310 BGB, n° 48.

¹⁰²² BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 47 et les réf. citées ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 199.

¹⁰²³ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB n° 47.

¹⁰²⁴ ULMER, § 310 BGB, n° 63, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

tous les cas celui qui exerce une activité commerciale ou professionnelle indépendante, même lorsqu'il conclut un contrat à usage partiellement privé¹⁰²⁵. A l'inverse, d'autres soutiennent qu'un usage partiellement privé suffit à rendre le § 310 al. 3 BGB applicable¹⁰²⁶.

- 563 Les contrats servant à commencer l'exploitation d'une activité commerciale ou professionnelle indépendante ne sont pas à considérer comme des contrats de consommation¹⁰²⁷.
- 564 C'est à celui qui prétend être un consommateur de prouver l'absence de lien avec une activité commerciale ou professionnelle indépendante¹⁰²⁸. Les circonstances de l'espèce peuvent constituer à cet égard de sérieux indices¹⁰²⁹.

III. Effets

- 565 Pour bien comprendre en quoi diverge la situation du consommateur de celle d'une personne qui ne l'est pas, il faut déjà évoquer ici brièvement quelques aspects des §§ 305 à 307 BGB. Aux termes du § 305 al. 1 phrase 1 BGB, la qualification de CGA – déterminante s'agissant du champ d'application matériel de la loi – suppose que l'intégration des clauses préformulées soit proposée par le partenaire contractuel du client – appelé utilisateur. D'autre part, un des éléments de la définition des CGA au sens du § 305 al. 1 phrase 1 BGB est l'utilisation d'un texte préformulé pour un *grand nombre* de cas. Enfin, l'appréciation du caractère abusif d'une clause au sens du § 307 BGB ne se fait qu'en tenant compte de critères typiques et généralisables, excluant les circonstances d'espèce. Dans les cas de contrats de consommation, il est dérogé à ces principes.

1 Initiative de l'intégration (« stellen »)

- 566 Le § 310 al. 3 ch. 1 BGB pose la fiction selon laquelle les CGA sont proposées par le commerçant, à moins qu'elles ne le soient par le consommateur. Cela signifie que les dispositions des §§ 305 ss BGB s'appliquent, en matière de contrats de consommation, si les CGA sont proposées d'une part par un tiers neutre – mandaté par les deux parties (notaire, courtier, avocat, conseiller fiscal par exemple) – ou, d'autre part, conjointement par les deux parties au contrat. S'agissant du fardeau de la

¹⁰²⁵ ULMER, § 310 BGB, n° 63, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰²⁶ ULMER, § 310 BGB, n° 62, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰²⁷ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 46.

¹⁰²⁸ ULMER, § 310 BGB, n° 64, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰²⁹ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 49.

preuve, la règle générale s'applique, qui veut que celui qui se prévaut d'un fait qui lui est favorable doit le prouver¹⁰³⁰.

2 *Préformulation pour un seul contrat*

- 567 Le § 310 al. 3, ch. 2 BGB rend applicables certaines dispositions légales aux contrats préformulés destinés à une *seule* utilisation, si la préformulation a pour conséquence l'impossibilité, pour le consommateur, d'influencer le contenu du contrat. En effet, cette disposition prévoit que s'appliquent en un tel cas les règles de l'interprétation, du contrôle du contenu et des conséquences de ce contrôle. Une interprétation conforme à la directive commanderait en outre de prendre en compte l'obligation de transparence¹⁰³¹.
- 568 La préformulation au sens du § 310 al. 3 ch. 2 BGB suppose que, avant la conclusion du contrat, soit présenté au consommateur un texte qui remplace, en quelque sorte, une négociation¹⁰³².
- 569 Ici encore, c'est, suivant les règles générales sur le fardeau de la preuve, au consommateur d'établir que les conditions du ch. 2 sont réalisées. Celui-ci doit donc prouver (1) la préformulation, (2) l'absence de possibilité d'influencer le contenu du contrat et (3) le lien de causalité entre la première et la seconde. Vu la difficulté que cela présente, il est admis que des indices peuvent suffire¹⁰³³.

3 *Prise en compte des circonstances de la conclusion du contrat*

- 570 Jurisprudence et doctrine allemandes admettent unanimement que les CGA doivent être appréhendées de manière générale et abstraite¹⁰³⁴. Cette conception se fonde sur le but de rationalisation des CGA, qui ne pourrait être atteint en cas d'appréciation différenciée. Et la prise en compte des circonstances individuelles aboutirait forcément à une telle appréciation.
- 571 Le texte légal ne dit pas quelles sont les circonstances qui doivent être prises en compte en cas de contrat de consommation. De l'obligation d'interprétation

¹⁰³⁰ BADEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 60.

¹⁰³¹ ULMER, § 310 BGB, n° 91, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰³² ULMER, § 310 BGB, n° 83, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰³³ BASEDOW, Münch. Komm. § 310 BGB, n° 67 ; ULMER, § 310 BGB, n° 86 s, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰³⁴ SCHMIDT HUBERT, § 307 BGB, n° 29, in : BAMBERGER/ROTH.

conforme à la directive, on peut déduire que celles énumérées à l'art. 4 al. 1 de la Dir. 93/13 doivent être retenues.

- 572 Est controversée la question de savoir quelle importance doit être accordée aux circonstances d'espèce. Pour certains, celles-ci sont seules déterminantes et remplacent purement et simplement les critères généraux et abstraits¹⁰³⁵. D'autres estiment que restent principalement applicables les critères généraux et abstraits et que les circonstances de la conclusion du contrat n'interviennent que dans une seconde phase, comme correctif¹⁰³⁶ ; certains partisans de cette conception ne voient de place pour les circonstances individuelles que lorsque l'ignorance de celles-ci aboutirait à un résultat choquant¹⁰³⁷ ou que lorsque les circonstances présentent des particularités¹⁰³⁸. Pour d'autres encore, les circonstances de la conclusion du contrat ne sont pertinentes que pour les contrats préformulés pour une seule utilisation¹⁰³⁹. En outre, certains auteurs sont d'avis que les circonstances ne doivent être prises en compte que pour favoriser le consommateur¹⁰⁴⁰, alors que d'autres pensent qu'elles peuvent aussi avantager le professionnel¹⁰⁴¹.

§ 4 *Importance pratique de la distinction*

- 573 La disposition de l'al. 3 du § 310 BGB (ainsi que celle, correspondante, du § 24a AGBG), n'a eu jusqu'ici qu'une faible importance pratique. Les cas dans lesquels les tribunaux fondent leur décision, pour tout ou partie, sur celle-ci, sont rares¹⁰⁴². S'agissant du ch. 1, cela s'explique par le fait que, dans la grande majorité des cas, les CGA sont proposées par leur utilisateur et non par des tiers, cas dans lequel la fiction de la proposition est inutile. Quant aux contrats destinés à un usage unique, ils ne présentent en général aucun intérêt en termes de rationalisation, si bien que le client se trouve généralement face à un partenaire contractuel disposé à négocier, ce qui exclut la préformulation¹⁰⁴³. Enfin, les critères retenus par les §§ 307 à 309 BGB semblent

¹⁰³⁵ HOMMELHOFF/WIEDENMANN, p. 569.

¹⁰³⁶ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 75.

¹⁰³⁷ FUCHS, § 307 BGB, n° 411, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰³⁸ DAMM, p. 172 s.

¹⁰³⁹ REMIEN, AGB-Gesetz, p. 57 ; WOLF, art. 4 Dir., n° 3.

¹⁰⁴⁰ MICHALSKI, p. 679 s.

¹⁰⁴¹ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 75 ; FUCHS, § 307 BGB, n° 410, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁴² ULMER en recense 3 (§ 310 BGB, n° 48, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN).

¹⁰⁴³ BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 62.

suffisants pour protéger le consommateur, ce qui affaiblit le besoin de prendre en compte les circonstances d'espèce¹⁰⁴⁴.

Chapitre 4 : Champ d'application matériel

§ 1 Conditions générales d'affaires

I. Généralités

574 Les §§ 305 à 310 BGB n'ont pour objet – sous réserve de la disposition spéciale du § 310 al. 3, ch. 1 et 2 BGB – que les CGA. Celles-ci sont définies au § 305 al. 1 BGB, comme toutes les clauses contractuelles préformulées, pour un grand nombre de cas qu'une partie (l'utilisateur) propose à l'autre partie lors de la conclusion du contrat.

II. Clauses contractuelles

575 La notion est large. Sont visés, sous réserve d'exclusions et de particularités sectorielles¹⁰⁴⁵, tous les contrats, quel que soit leur objet. Le législateur n'a pas limité le champ d'application de la loi aux contrats portant sur des biens ou services. Cela signifie notamment que ceux portant sur des immeubles ou des droits (propriété intellectuelle, par exemple), sont également concernés¹⁰⁴⁶. Peu importe que le contrat soit de nature obligationnelle ou réelle. Aux contrats, il faut assimiler les actes juridiques unilatéraux du client¹⁰⁴⁷ – mais pas ceux de son partenaire contractuel¹⁰⁴⁸.

III. Préformulation

576 La préformulation suppose que les clauses contractuelles soient formulées avant la conclusion du contrat pour être incorporées dans des contrats futurs¹⁰⁴⁹. Il n'est pas nécessaire que l'utilisateur les ait formulées lui-même : celui-ci peut avoir eu recours à toutes sortes d'auxiliaires, tel un notaire ou une association professionnelle.

¹⁰⁴⁴ ULMER, § 310 BGB, n° 48, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁴⁵ Cf. infra n° 592 ss.

¹⁰⁴⁶ ULMER, § 310 BGB, n° 45, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁴⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 113.

¹⁰⁴⁸ STOFFELS, AGB-Recht, n° 115.

¹⁰⁴⁹ BGH, in : NJW 1998, p. 200 ; BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 13 ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 119.

- 577 Lorsque le contrat doit encore être complété sur certains points, il convient d'opérer une distinction : si le complément est dit dépendant (*unselbständig*), il ne fait pas perdre à la clause son caractère de CGA. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit simplement de concrétiser le contrat (indication du nom des parties par exemple) ; les droits et obligations des parties ne sont nullement modifiés par de tels compléments¹⁰⁵⁰.
- 578 La situation est plus nuancée lorsque les compléments à apporter peuvent directement influencer sur le caractère abusif ou non de la clause. Si le complément consiste dans le choix entre les deux branches d'une alternative proposée, il faut admettre que la préformulation subsiste ; il serait facile sinon à l'utilisateur de contourner la législation sur les clauses abusives en permettant au client de choisir entre plusieurs possibilités qui, toutes, lui seraient en soi défavorables au point de rendre la clause abusive¹⁰⁵¹. Si en revanche le client est libre de remplir l'espace vide comme il l'entend, on ne peut, en principe plus parler de CGA. En effet, il exerce par là sa liberté contractuelle. Mais cette règle n'est pas absolue ; il se peut que des circonstances laissent à penser que le texte est tout de même préformulé. Tel est le cas si l'utilisateur a complété – ou fait compléter – la clause en question de la même manière face à de nombreux clients¹⁰⁵².

IV. Grand nombre de cas (« *Vielzahl* »)

- 579 Un grand nombre de cas suppose trois utilisations au moins¹⁰⁵³ ou un nombre indéterminé d'utilisations¹⁰⁵⁴. Est déterminante l'intention qu'a l'utilisateur, au moment de la conclusion du contrat, de faire usage des clauses plusieurs fois¹⁰⁵⁵. L'usage effectif des clauses n'est pas un critère pertinent. Il se peut donc que, malgré une utilisation effective pour un grand nombre de cas, la qualification de CGA doive être rejetée ; toutefois, une utilisation répétée fait présumer une intention d'utilisation plurale¹⁰⁵⁶. Si cette intention existe, la qualité de CGA n'est pas remise en cause par une utilisation unique¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁰ STOFFELS, AGB-Recht, n° 122 et les réf. citées ; BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 15.

¹⁰⁵¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 123.

¹⁰⁵² STOFFELS, AGB-Recht, n° 125.

¹⁰⁵³ BGH in : NJW 2002, p. 138, 139 ; BGH in : NJW 2002, p. 2470, 2471 ; BGH, in : NJW 1998, p. 2286, 2287 ;.

¹⁰⁵⁴ ULMER, § 305 BGB, n° 24, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁵⁵ BGH, in : NJW 1997, p. 135.

¹⁰⁵⁶ BGH, in : NJW 1997, p. 135, I 2b.

¹⁰⁵⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 127.

V. Initiative de l'intégration (« *stellen* »)

580 Il ne peut y avoir CGA, aux termes du § 305 al. 1 phrase 1 BGB, que si une partie (l'utilisateur) soumet à l'autre partie le texte préformulé. La question est donc de savoir à qui attribuer l'usage des CGA. Elle est à distinguer de celle, sans pertinence, de savoir si le partenaire contractuel du client impose à celui-ci des clauses en raison de sa position de force sur le marché¹⁰⁵⁸. Il faut déduire *a contrario* de cette disposition que des clauses proposées par le client ou par un tiers neutre – c'est-à-dire non mandaté par l'utilisateur – n'ont pas le caractère de CGA¹⁰⁵⁹.

VI. Circonstances indifférentes

581 Le § 305 al. 1, phrase 2 BGB énumère un certain nombre de circonstances qui n'influent pas sur la qualification de CGA. Ainsi, peu importe que le texte préformulé constitue ou non un document distinct du reste du contrat ou soit partie intégrante de celui-ci, qu'il soit quantitativement important ou non, de quelle manière il est écrit et quelle est sa forme.

582 L'importance quantitative d'un texte préformulé ne jouant aucun rôle, des CGA peuvent n'être formées que d'une seule clause. Il en va ainsi par exemple de la mention, apposée sur un jeton de vestiaire, prévenant qu'aucune responsabilité n'est assumée pour les objets déposés. Cela signifie que la qualité de CGA doit être examinée pour chaque clause et qu'il n'est pas possible d'affirmer ou de dénier globalement la qualité de CGA à un texte dans son ensemble.

583 Affirmer que la manière dont le texte est écrit n'est pas pertinente revient à dire que celui-ci peut être manuscrit, imprimé, écrit à la machine puis photocopie.

584 L'indifférence de la forme du contrat a deux conséquences principales : la prise en compte de clauses orales et de celles contenues dans un contrat notarié¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁸ ULMER, § 305 BGB, n° 26, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁵⁹ BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 22.

¹⁰⁶⁰ BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 31 s.

VII. Distinction avec les conditions particulières (*Einzelverträge*)

- 585 Le § 305 al. 1, phrase 3 BGB prévoit qu'il n'y a pas de CGA quand les conditions contractuelles ont été négociées individuellement entre les parties (« *Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind* »).
- 586 Eu égard aux conditions posées par les phrases précédentes de cette disposition, la phrase 3 n'a qu'un rôle limité. Elle n'est déterminante que pour exclure du champ d'application de la loi des clauses qui, à l'origine, étaient conçues pour être utilisées dans un grand nombre de contrats mais qui ont été par la suite (malgré tout) négociées¹⁰⁶¹.
- 587 Selon la jurisprudence, il faut, pour qu'on puisse parler de négociation, que l'utilisateur soit véritablement prêt à modifier le texte qu'il soumet à l'autre partie, concédant à cette dernière une certaine liberté dans la rédaction du contrat, lui permettant ainsi de sauvegarder ses intérêts¹⁰⁶².
- 588 Des explications sur le contenu et la portée d'une clause sont une condition nécessaire¹⁰⁶³ mais pas suffisante¹⁰⁶⁴ pour faire admettre une négociation individuelle.
- 589 Lorsque des modifications matérielles ont été apportées à une clause préformulée, la négociation doit être admise dans tous les cas ; il en va différemment quand les modifications apportées ne sont que formelles¹⁰⁶⁵.
- 590 Des problèmes délicats se posent lorsque l'utilisateur des CGA était prêt à modifier celles-ci mais que le client, conscient de cette possibilité, n'en fait pas usage. La doctrine esquisse une solution nuancée. Pour BASEDOW, il faut différencier selon qu'il aurait été raisonnable ou non de négocier une telle clause, la première hypothèse étant admise d'autant plus facilement que l'objet du contrat est important et que le client est expérimenté en affaires. Pour lui, on ne saurait admettre une négociation que si cela en valait la peine,

¹⁰⁶¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 147.

¹⁰⁶² Jurisprudence constante. Voir par exemple BGH in : WM 1995, p. 1455, 1456.

¹⁰⁶³ BGH, in : NJW 2005, p. 2543.

¹⁰⁶⁴ BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 38 ; ULMER, § 305 BGB, n° 49, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁶⁵ ULMER, § 305 BGB, n° 49, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

eu égard aux coûts de transaction engendrés¹⁰⁶⁶. ULMER n'admet qu'avec réserve une négociation individuelle. Selon cet auteur, la possibilité de négocier ne modifie pas fondamentalement la position de faiblesse dans laquelle se trouve le client face à des CGA ; aussi n'admet-il une négociation que pour les clauses qui, typiquement, peuvent être défavorables au client (clauses d'exclusion de responsabilité, ou celles qui posent des conditions particulières pour résilier le contrat, par exemple), pour autant que l'utilisateur des CGA ait rendu ce dernier attentif à la présence de ces clauses et ait mentionné la possibilité de les modifier¹⁰⁶⁷.

- 591 L'examen de la négociation doit évidemment porter sur chaque clause. La question peut se poser de savoir quelles clauses contractuelles ont été négociées et lesquelles ne l'ont pas été. Une partie de la doctrine admet que la modification du texte sur plusieurs points centraux constitue un indice que toutes les clauses importantes, voire toutes les clauses, ont été négociées¹⁰⁶⁸.

§ 2 *Exclusions et particularités*

I. Exclusions

- 592 Conformément à ce que prévoit la directive, les contrats relevant du droit successoral, du droit de la famille et du droit des sociétés sont exclus du champ d'application de la loi. Le § 310 al. 4 BGB le prévoit explicitement.
- 593 S'agissant du droit des sociétés, il faut préciser que seuls les contrats relatifs à l'organisation de la société au sens étroit sont visés¹⁰⁶⁹. En revanche, les contrats entre les sociétaires et des tiers ainsi que ceux ayant trait à des échanges entre la société et certains sociétaires ne sont pas concernés¹⁰⁷⁰. S'agissant des conventions de vote, le § 310 al. 4 BGB s'applique si celles-ci ont pour but de prendre influence sur la société, mais pas si elles sont destinées à servir de garantie à un contrat passé entre les sociétaires et des tiers¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁶ § 305 BGB, n° 37.

¹⁰⁶⁷ ULMER, § 305 BGB, n° 51, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁶⁸ ULMER, § 305 BGB, n° 55, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁶⁹ ULMER, § 310 BGB, n° 122 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁷⁰ ULMER, § 310 BGB, n° 122 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁷¹ ULMER, § 310 BGB, n° 123, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

II. Particularités en droit du travail

- 594 Le droit du travail était, avant la réforme du droit des obligations, exclu du champ d'application des dispositions sur les CGA – même si les tribunaux contrôlaient ces dispositions contractuelles sur la base de dispositions générales¹⁰⁷². Le législateur a estimé que cette situation n'était pas satisfaisante, une protection étant nécessaire malgré la présence, en la matière, de dispositions impératives ; de plus a-t-il estimé qu'il n'y a pas de place pour des divergences entre le droit du travail et le reste du droit privé¹⁰⁷³.
- 595 Le § 310 al. 4 BGB, prévoit aux phrases 2 et 3 qu'il faut, dans l'application des dispositions des §§ 305 ss BGB aux contrats de travail, tenir compte de manière appropriée des particularités du droit du travail ; que les règles d'intégration du § 305 al. 2 et 3 BGB ne sont pas applicables et que les textes relevant du droit collectif du travail sont à considérer comme des dispositions légales au sens du § 307 al. 3 BGB¹⁰⁷⁴. La non application des règles sur l'intégration s'explique par le fait qu'une loi spéciale règle la question¹⁰⁷⁵. Quant aux règles sur le droit collectif du travail, leur immunité tient à leur caractère obligatoire et directement applicable¹⁰⁷⁶. Il ressort des travaux préparatoires qu'une autre norme, le § 309 BGB (liste noire de clauses), ne doit pas être prise en compte en droit du travail¹⁰⁷⁷.

Chapitre 5 : Intégration

§ 1 Généralités

- 596 Les règles sur l'intégration visent à garantir que le consentement du client porte également sur les CGA. La problématique de l'intégration est quasiment absente de la Dir. 93/13. Mais les règles fixées par le législateur allemand ne posent pas de problème du point de vue du droit communautaire, puisqu'elles offrent au client – et notamment au consommateur – une protection supplémentaire par rapport à celle de la directive, ce qu'autorise expressément l'art. 8 de cette dernière. Que le contenu de la clause soit abusif ou non ne joue aucun rôle en matière d'intégration¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷² Voir par exemple BAG in : NJW 1998, p. 1732 ; BAG in : NJW 1996, p. 2117, 2118.

¹⁰⁷³ BT-Drucks., 14/6857, p. 54.

¹⁰⁷⁴ Ce qui a pour conséquence de les exclure du contrôle ; cf. infra n° 675 ss.

¹⁰⁷⁵ Il s'agit du § 2 al. 1 de la loi sur les preuves (Nachweisgesetz).

¹⁰⁷⁶ ULMER, § 310 BGB, n° 141, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁷⁷ BT-Drucks., 14/6857, p. 54.

¹⁰⁷⁸ BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 53.

597 Les règles de base sont posées au § 305 al. 2 BGB. Le § 305 a BGB traite de l'intégration dans des cas particuliers. Quant au § 305 c al. 1 BGB, il pose une condition négative. Le non respect de ces conditions a pour conséquence la validité du contrat sans les CGA.

§ 2 Conditions positives

598 Le § 305 al. 2 BGB pose les conditions suivantes pour que les CGA soient incorporées : l'utilisateur doit procéder à un renvoi aux CGA, il doit permettre à l'autre partie de prendre raisonnablement connaissance de celles-ci et enfin, le client doit être d'accord avec ces clauses.

I. Renvoi

599 Le renvoi n'a de sens que si les CGA figurent sur un document séparé du reste du contrat¹⁰⁷⁹ ou si les CGA sont imprimées au verso des autres conditions contractuelles¹⁰⁸⁰. Le renvoi doit être clair et non équivoque. De plus, il doit être exprès.

600 Cette dernière affirmation connaît une exception lorsque le mode de conclusion du contrat rendrait un tel renvoi trop difficile; dans ce cas, un affichage bien visible sur les lieux de la conclusion du contrat suffit (§ 305 al. 2, ch. 1 BGB). C'est en quelque sorte une exigence de proportionnalité qu'introduit ici la loi : la conclusion de contrats de la vie quotidienne, de faible importance, ne doit pas être entravée par des exigences formelles trop lourdes¹⁰⁸¹. Il est vrai que la limite pourra être parfois difficile à tracer. A cet égard, la valeur de l'objet du contrat peut servir d'indice¹⁰⁸².

II. Possibilité de prendre connaissance raisonnablement des CGA

601 L'utilisateur des CGA doit permettre au client de prendre connaissance raisonnablement (« *in zumutbarer Weise* ») de celles-ci. Cette possibilité doit

¹⁰⁷⁹ BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 55.

¹⁰⁸⁰ LG Münster, in : VersR 1980, p. 100 ; OLG Düsseldorf, in : VersR 1982, p. 872 ; OLG Düsseldorf, in : BB 1983, p. 84, 85 ; OLG Hambourg, in : ZIP 1984, p. 1241, 1242.

¹⁰⁸¹ ULMER, § 305 BGB, n° 139, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁸² ULMER, § 305 BGB, n° 140, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

porter sur toutes les clauses ; celles dont la prise de connaissance n'a pas été assurée ne sont pas incorporées.

- 602 L'utilisateur des CGA satisfait à ses obligations s'il fait figurer celles-ci dans un catalogue ou une liste de prix par exemple¹⁰⁸³. En revanche, la seule possibilité de prendre connaissance des CGA dans les locaux de l'utilisateur ne suffit en principe pas : elle requiert des démarches trop importantes de la part du client¹⁰⁸⁴.
- 603 Les contrats oraux entre absents posent problème, singulièrement ceux conclus par *téléshopping* : on ne saurait en effet se contenter d'une brève apparition à l'écran des CGA. Certains auteurs sont favorables à une solution souple, se satisfaisant de la lecture des CGA, donnée téléphoniquement au moment de la commande¹⁰⁸⁵.
- 604 S'agissant des contrats conclus sur internet, il faut que les CGA puissent être téléchargées et imprimées¹⁰⁸⁶.
- 605 La possibilité de prendre connaissance raisonnablement des CGA suppose que celles-ci soient compréhensibles et lisibles. La précision est d'importance : l'absence de ces deux caractéristiques entraîne la non intégration et pas (seulement) une interprétation *contra stipulatorem* au sens du § 305 c BGB¹⁰⁸⁷.
- 606 Pour qu'une clause soit compréhensible au sens de cette disposition, elle doit l'être par un client moyen ne disposant pas de connaissances juridiques¹⁰⁸⁸. Des distinctions sont possibles en fonction de catégories types de clients, mais pas eu égard à des clients individuels¹⁰⁸⁹.
- 607 Plusieurs éléments sont susceptibles de faire obstacle au caractère compréhensible des CGA. Il ne saurait être dérogé à l'usage de la langue allemande que si on peut attendre du cercle de clients appelés à conclure le contrat la connaissance de la langue utilisée et si les CGA sont

¹⁰⁸³ ULMER, § 305 BGB, n° 147, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁸⁴ LG Francfort, in : NJW 1984, p. 1626 ; Amtsg. Bad Homburg, in : NJW 1984, p. 2637.

¹⁰⁸⁵ ULMER, § 305 BGB, n° 149, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁸⁶ ULMER, § 305 BGB, n° 149a, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁸⁷ ULMER, § 305 BGB, n° 150, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; en ce sens également BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 69.

¹⁰⁸⁸ BGH, in : NJW 1993, p. 2052.

¹⁰⁸⁹ BGH, in : NJW 1983, p. 159, 162.

particulièrement claires et brèves¹⁰⁹⁰. Une structure incongrue ou inexistante¹⁰⁹¹, un texte trop long par rapport à la nature de l'affaire¹⁰⁹², l'emploi d'expressions juridiques ou des renvois à des dispositions légales, sans que ces manières de procéder soient nécessaires, peuvent affecter la compréhensibilité des CGA¹⁰⁹³. Une clause qui, par sa typographie, ne peut être déchiffrée qu'avec peine est aussi problématique à cet égard¹⁰⁹⁴.

- 608 La possibilité de prendre connaissance des CGA doit être donnée au plus tard au moment où l'utilisateur des CGA fait une offre ferme de contracter¹⁰⁹⁵.
- 609 Lorsqu'un client souffre d'un handicap physique reconnaissable pour l'autre partie, celle-ci doit en tenir compte de manière appropriée pour que la condition de la possibilité de prendre raisonnablement connaissance des CGA soit remplie (§ 305 al. 2, ch. 2 BGB).

III. Accord du client

- 610 Les modalités de l'accord du client ne sont pas précisées dans les règles relatives aux CGA. Ce sont donc les règles générales qui s'appliquent. Elles prévoient que l'accord n'a pas besoin d'être exprimé (§ 151 BGB).
- 611 En principe, le client peut à certaines conditions contester le contrat pour erreur essentielle s'il s'est trompé s'agissant de l'intégration des CGA¹⁰⁹⁶.
- 612 L'al. 3 du § 305 BGB prévoit que, au cas où les parties sont liées par un contrat-cadre, celles-ci peuvent prévoir à l'avance la validité de CGA déterminées si les conditions du § 305 al. 2 BGB sont respectées.

§ 3 Condition négative : absence de caractère surprenant

- 613 Pour être incorporées, les CGA doivent encore ne pas être surprenantes au sens du § 305 c al. 1 BGB. Aux termes de celui-ci (c'est nous qui traduisons),

¹⁰⁹⁰ Voir LG Berlin, NJW 1982, p. 343, 344.

¹⁰⁹¹ BGHZ 51, 55, 59.

¹⁰⁹² ULMER, § 305 BGB, n° 152 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁹³ ULMER, § 305 BGB, n° 152 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹⁰⁹⁴ BGH in : NJW 1983, p. 2272, 2273.

¹⁰⁹⁵ ULMER, § 305 BGB, n° 156 in : ULMER/BRANDNER/HENSEN;; BASEDOW, Münch. Komm., § 305 BGB, n° 73.

¹⁰⁹⁶ Cf. infra n° 666 ss.

« les dispositions de CGA qui, selon les circonstances, en particulier selon l'aspect extérieur du contrat, sont si inhabituelles que le partenaire contractuel de l'utilisateur ne devait pas compter avec elles, ne sont pas incorporées au contrat »¹⁰⁹⁷.

I. Relations avec d'autres dispositions

- 614 La question du caractère surprenant d'une clause ne se pose que si les règles générales du § 305 BGB ont été respectées.
- 615 Les conditions du § 305 c al. 1 BGB sont indépendantes de celles du § 307 BGB ; ainsi, une clause surprenante peut ne pas être abusive et vice-versa ; en pratique, il est toutefois rare qu'une clause surprenante résiste entièrement à un examen à l'aune des critères du § 307 BGB¹⁰⁹⁸. Le champ d'application des deux dispositions est différente : l'examen du caractère surprenant d'une clause peut porter sur une clause concernant les prestations principales ; une telle clause est en revanche « immunisée » s'agissant de son caractère abusif comme nous le verrons plus loin¹⁰⁹⁹.
- 616 Etant donné qu'il faut connaître le sens d'une clause pour déterminer si celle-ci est surprenante ou pas, la règle *in dubio contra stipulatorem*, instituée par le § 305 c al. 2 BGB, doit, cas échéant, être appliquée avant de se demander si la clause est surprenante ou non.
- 617 Les rapports entre cette norme et celle instituant la priorité des conventions individuelles (§ 305 b BGB) sont discutés en doctrine. Certains auteurs affirment que la seule contrariété d'une clause insérée dans les CGA avec un accord individuel suffit à faire admettre le caractère surprenant de celle-ci¹¹⁰⁰. D'autres pensent en revanche qu'il ne s'agit là que d'une circonstance à prendre en compte, laquelle ne peut toutefois pas être seule déterminante¹¹⁰¹. D'autres enfin sont d'avis que, lorsqu'un accord individuel a été conclu sur tel ou tel point, seule la règle de la priorité du § 305 b BGB s'applique¹¹⁰².

¹⁰⁹⁷ Dans le texte original : « Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äusseren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil ».

¹⁰⁹⁸ BASEDOW, Münch. Komm., § 305c BGB, n° 3.

¹⁰⁹⁹ Voir infra, n° 687 ss.

¹¹⁰⁰ SCHLOSSER, § 3 AGBG, n° 23.

¹¹⁰¹ ULMER, § 305 BGB, n° 4, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁰² BASEDOW, in : Münch. Komm., § 305 c BGB, n° 7.

II. Conditions d'application

- 618 Pour la doctrine, il faut d'une part une condition objective, à savoir que la clause soit inhabituelle et d'autre part une condition subjective, soit que le client soit effectivement surpris par la clause en question.
- 619 Sont décisives, s'agissant du critère objectif, les attentes qu'ont les clients appelés à conclure un tel contrat, typiquement ou en raison du comportement de l'utilisateur des CGA¹¹⁰³. L'« aspect extérieur du contrat », c'est-à-dire la présentation des différents documents par l'utilisateur des CGA, est notamment à prendre en compte à cet égard.
- 620 La condition dite subjective est réalisée lorsque la clause en question exerce sur le client un réel effet de surprise. Cela suppose, en principe, une clause particulièrement inhabituelle, cette dernière appréciation se faisant de manière générale et non individualisée¹¹⁰⁴.
- 621 Les circonstances de l'espèce jouent aussi un rôle important. Elles peuvent ainsi permettre soit de déclarer non surprenantes des clauses en elles-mêmes pourtant inhabituelles (exemple : l'utilisateur des CGA rend le client attentif à l'existence de cette clause) soit de qualifier de surprenante une clause qui, en tant que telle, n'est pas inhabituelle (mais le serait par exemple au vu de la publicité qu'a faite l'utilisateur des CGA)¹¹⁰⁵.
- 622 Le BGH adopte une position proche de celle de la doctrine¹¹⁰⁶. Selon la haute cour, la question est de savoir si la clause diverge notablement des attentes du partenaire contractuel et si, de ce fait, celui-ci ne doit raisonnablement pas s'attendre à la présence de cette clause. Les attentes du client se déterminent aussi bien d'après des circonstances générales qu'individuelles. Est pertinent avant tout le degré de divergence d'avec le droit dispositif, ainsi que la rédaction habituelle dans la vie des affaires ; il faut aussi prendre en considération la manière dont se sont déroulés les pourparlers contractuels et l'aspect extérieur du contrat.

¹¹⁰³ ULMER, § 305c BGB, n° 12, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁰⁴ ULMER, § 305 BGB, n° 13, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁰⁵ ULMER, § 305c BGB, n° 13a, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; en ce sens, mais adoptant un raisonnement différent quant à la méthode, STOFFELS, AGB-Recht, n° 336 ss.

¹¹⁰⁶ BGH, in : NJW-RR 2001, p. 195, 196.

III. Groupes de cas

623 La jurisprudence, relativement riche, peut être systématisée de la manière suivante¹¹⁰⁷.

1 *Institution ou modification essentielle d'une prestation principale*

624 Sont surprenantes les clauses qui instituent, à la charge du client, une prestation principale supplémentaire par rapport au type de contrat en question. Il en va de même si la prestation principale que doit fournir le client est considérablement modifiée ou si celle due par l'utilisateur des CGA est restreinte.

625 Les travaux préparatoires fournissent l'exemple d'un contrat portant sur l'achat d'une machine à café qui prévoit également l'obligation pour l'acheteur d'acquérir du café auprès du vendeur¹¹⁰⁸. Un autre cas classique est celui des clauses qui mettent à mal le rapport d'échange contractuel, à l'instar de celles prévoyant l'obligation du locataire de payer le loyer même au cas où l'usage de la chose est restreint¹¹⁰⁹.

2 *Importantes modifications contractuelles*

626 Le caractère surprenant d'une clause peut résider dans des modifications profondes des règles légales applicables au contrat. Dans le cas extrême, les clauses contractuelles veulent appliquer à un contrat nommé les règles que la loi destine à un autre contrat nommé¹¹¹⁰.

3 *Clauses accessoires atypiques*

627 Des clauses accessoires peuvent également être surprenantes. Toutefois, étant donné que l'impact de telles clauses sur le client est plus faible que lorsque des prestations principales sont en cause, la doctrine se montre plus restrictive¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Nous reprenons ici la classification établie par STOFFELS (AGB-Recht, n° 339 ss).

¹¹⁰⁸ BT-Drucks. 7/3919, p. 19.

¹¹⁰⁹ BGH, in : WM 1975, p. 1203, 1205 ; ULMER, § 305c BGB, n° 28, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹¹⁰ ULMER, § 305c BGB, n° 26, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 341.

¹¹¹¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 342.

628 La jurisprudence offre un large éventail de clauses accessoires atypiques jugées surprenantes. Il est dès lors difficile d'établir une classification. Peuvent être citées la clause d'un contrat de bail prévoyant que le locataire cédera au bailleur toutes créances relatives à son salaire¹¹¹², celle, figurant dans un contrat de vente, par laquelle tous les délais de livraison sont considérés comme « *fix* »¹¹¹³ ou encore celle aux termes de laquelle un imprimeur se voit céder les droits de propriété intellectuelle du client en cas de demeure de ce dernier¹¹¹⁴.

4 *Clauses dissimulées*

629 Une structure inhabituelle ainsi que l'emplacement inattendu d'une clause dans le contrat peuvent, en soi, rendre celle-ci surprenante¹¹¹⁵.

Chapitre 6 : **Priorité des conditions particulières**

§ 1 *Généralités*

630 Si les parties au contrat ont réglé une question par un accord individuel, celui-ci ne doit pas pouvoir être remis en cause par des CGA. En effet, les CGA ne constituent que des lignes directrices abstraites ; par définition, elles ne prennent pas en compte les circonstances d'un cas d'espèce, lesquelles peuvent amener les partenaires contractuels à trouver une autre solution. Et dans ce cas, il est relativement rare que soit modifiée en conséquence une éventuelle clause préformulée contraire : cela prendrait trop de temps et bien souvent, les protagonistes ne disposent pas des connaissances juridiques nécessaires.

631 La règle de la priorité est reconnue depuis longtemps¹¹¹⁶. La nature doctrinale de ce principe est en revanche toujours débattue. Pour certains, il s'agit d'une règle d'interprétation visant à limiter la validité des CGA lorsque celles-ci s'opposent à un accord individuel¹¹¹⁷. Pour d'autres, la question de l'inter-

¹¹¹² LG Lübeck, in : NJW 1985, p. 2958.

¹¹¹³ BGH, in : NJW 1990, p. 2065, 2067.

¹¹¹⁴ OLG Francfort, in : WRP 1984, p. 558.

¹¹¹⁵ BGH, in : NJW 1982, p. 2309, 2310. Pour des exemples, voir STOFFELS, AGB-Recht, n° 343, BASEDOW, Münch. Komm., § 305c BGB, n° 17.

¹¹¹⁶ Ce principe est antérieur à la AGBG. Voir par exemple OLG Francfort, BB 1952, 871 ; BGH, BB 1960, 227.

¹¹¹⁷ ULMER, § 305b BGB, n° 8, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

prétation doit notamment déterminer si et dans quelle mesure les deux règles contractuelles sont contraires et intervient nécessairement avant celle de la priorité des accords individuels¹¹¹⁸, laquelle ne peut toucher que l'intégration : les CGA contraires aux clauses individuelles ne sont pas incorporées¹¹¹⁹.

§ 2 Conditions d'application

- 632 Pour que s'applique le principe de la priorité des accords individuels, il faut d'une part qu'un tel accord ait été conclu et d'autre part que celui-ci soit contraire à une clause figurant dans des CGA.

I. Présence d'un accord individuel¹¹²⁰

- 633 Il est admis en doctrine que la notion d'accord individuel au sens du § 305 b BGB est la même que celle du § 305 al. 1, phrase 3 BGB¹¹²¹. Il n'est pas nécessaire que l'accord individuel existe déjà au moment de la conclusion du contrat ; de plus, peu importe que les parties aient conscience ou non de la divergence¹¹²².
- 634 La doctrine majoritaire estime que la règle de la priorité est subordonnée à la validité de la clause individuelle¹¹²³. Le problème se pose lorsque la forme, le consentement ou encore le pouvoir de représentation sont susceptibles d'affecter cette dernière. Pour d'autres, les CGA doivent marquer le pas dans ce cas également, le droit dispositif remplaçant alors l'accord individuel non valable¹¹²⁴.

II. Divergence d'avec des CGA

- 635 Toute divergence entre un accord individuel et des CGA est appréhendée par la règle de la priorité. Ainsi, il est indifférent que la contradiction soit directe, c'est-à-dire manifeste, ou qu'elle apparaisse seulement après interprétation

¹¹¹⁸ BASEDOW, Münch. Komm., § 305b BGB, n° 2.

¹¹¹⁹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 346.

¹¹²⁰ Pour la définition de la notion, cf. supra n° 585 ss.

¹¹²¹ ULMER, § 305b BGB, n° 10 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹²² BASEDOW, Münch. Komm., § 305b BGB, n° 5 ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 347.

¹¹²³ ULMER, § 305b BGB, n° 11, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 305b BGB, n° 5 ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 347.

¹¹²⁴ Voir les réf. citées par ULMER, § 305 BGB, n° 11, note de bas de page n° 25, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

des dispositions contractuelles en cause¹¹²⁵. La règle de la priorité vaut aussi dans les (rares) cas où l'accord individuel s'avère plus favorable à l'utilisateur des CGA que ces dernières¹¹²⁶, puisqu'elle a pour but d'éliminer une contradiction et non de protéger la partie faible¹¹²⁷. ULMER formule toutefois une réserve : dans une telle hypothèse cet auteur exige que la clause individuelle soit particulièrement claire et que l'utilisateur des CGA ait rendu le client attentif au fait que la situation de celui-ci est ainsi péjorée¹¹²⁸.

- 636 Les accords individuels ont en outre la priorité sur les CGA quelle que soit la forme utilisée. Cela signifie qu'un accord individuel oral peut tout à fait déroger aux CGA.

III. Clauses de forme écrite

- 637 Les utilisateurs de CGA ont pourtant tendance à vouloir éviter qu'un accord oral puisse exclure ou limiter une clause préformulée ; ils font alors figurer dans les CGA une clause prévoyant que la validité de toute clause contractuelle est subordonnée au respect de la forme écrite. Tel est souvent le cas lorsque l'utilisateur craint que ses représentants ne concluent oralement des accords individuels trop favorables aux clients. Ces clauses, dites « de forme écrite », posent problème non seulement s'agissant de la règle de la priorité des conventions individuelles, mais aussi du point de vue de leur éventuel caractère abusif au sens des §§ 307 ss BGB.

- 638 La jurisprudence¹¹²⁹ et la doctrine¹¹³⁰ considèrent qu'un accord oral peut déroger valablement à une clause de forme écrite. Toutefois, la règle de la priorité ne s'applique – en tout cas si l'on s'en tient à la position de la doctrine majoritaire – que si la clause individuelle est valable¹¹³¹.

- 639 La validité des clauses de forme écrite doit s'apprécier au regard de toutes les circonstances. Est pertinent en particulier le moment auquel survient l'accord oral que l'utilisateur veut éviter. Si la clause interdit les accords oraux postérieurs à la conclusion du contrat, elle doit en principe être qualifiée

¹¹²⁵ ULMER, § 305b BGB, n° 12, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 348.

¹¹²⁶ BASEDOW, Münch. Komm., § 305b BGB, n° 6.

¹¹²⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 348.

¹¹²⁸ ULMER, § 305b BGB, n° 25, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹²⁹ BGH, in : NJW 2006, p. 138, 139.

¹¹³⁰ ULMER, § 305b BGB, n° 33, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 305b BGB, n° 11.

¹¹³¹ Cf. supra n° 634.

d'abusive¹¹³². Si, au contraire, sont visées les conventions orales conclues avant la conclusion du contrat ou en même temps que celle-ci, la clause est en principe admissible¹¹³³. La clause de forme écrite qui au surplus limite le pouvoir de représentation des auxiliaires de l'utilisateur des CGA peut ne pas être valable, en particulier si cette limitation n'est pas mise particulièrement en évidence¹¹³⁴.

Chapitre 7 : Règles d'interprétation

§ 1 *Distinction entre interprétation et contrôle du contenu*

640 L'interprétation précède le contrôle du contenu de la clause. Elle a un rôle distinct de celui-ci et ne doit donc pas être utilisée pour procéder à un contrôle caché (« *verdeckte Inhaltskontrolle* ») ; elle ne doit servir qu'à déterminer le sens du contrat¹¹³⁵.

§ 2 *Interprétation objective*

641 Principe de base de l'interprétation des CGA¹¹³⁶, l'interprétation objective tient compte des particularités propres à ce type de dispositions contractuelles et déroge, dans une certaine mesure, aux règles générales applicables en la matière.

642 En droit des obligations, toute déclaration de volonté soumise à réception est interprétée, en cas de divergence, de la manière dont la partie réceptrice pouvait la comprendre ; le point de départ est la lettre du contrat, mais les circonstances jouent également un rôle et lorsque le contrat s'avère lacunaire, il convient de rechercher la volonté hypothétique des parties¹¹³⁷.

643 Cette règle est modifiée en matière de CGA en ce sens qu'est seule déterminante la conception du client qui, typiquement, est partie à un tel

¹¹³² BGH, in : NJW 2001, p. 292 ; BGH, in : NJW 1995, p. 1488, 1489.

¹¹³³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 355.

¹¹³⁴ ULMER, § 305b BGB, n° 35, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 352.

¹¹³⁵ Voir par exemple BGH, in : NJW 1993, p. 2369 ; tel est également l'avis de la doctrine (voir les réf. citées par STOFFELS, n° 358, note de bas de page n° 2).

¹¹³⁶ ULMER, § 305c BGB, n° 73, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹³⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 359.

contrat, à l'exclusion de toute conception purement individuelle. Ainsi, une veuve, spéculant à la bourse malgré son inexpérience en matière financière, ne saurait se prévaloir d'une interprétation des CGA différente de celle valable à l'égard des personnes typiquement impliquées dans ce genre de transactions¹¹³⁸. De la même manière, la clause selon laquelle l'hôtelier s'engage à réparer le dommage au cas où il ne peut pas mettre à disposition la chambre louée, doit être interprétée en ce sens que seul le dommage au sens strict, et non le tort moral est visé ; cela vaut également pour un client lourdement handicapé¹¹³⁹. L'historique du contrat n'est pas pertinente, pas plus que les connaissances juridiques du client (à moins qu'elles ne soient typiques du cercle des clients considérés)¹¹⁴⁰.

644 Lorsque des expressions juridiques sont utilisées, celles-ci ne doivent être comprises dans leur sens technique que si ce dernier coïncide avec leur sens commun ou si la connaissance du sens technique peut être attendue des clients qui concluent habituellement un tel contrat¹¹⁴¹. Il en va différemment si le contrat ne fait que reprendre un texte légal : dans une telle hypothèse, ce sont les méthodes habituelles d'interprétation de la loi qui sont déterminantes¹¹⁴².

645 La justification de l'interprétation objective est double. D'une part, l'exclusion de circonstances particulières est due au fait que, bien souvent, celles-ci sont insignifiantes lorsque le contrat comprend des CGA, puisque, par définition, le client n'a pas pu avoir d'influence sur le contenu du contrat¹¹⁴³. D'autre part, le but de rationalisation des CGA ne pourrait être atteint sans une interprétation uniforme de celles-ci¹¹⁴⁴.

§ 3 *Interprétation in dubio contra stipulatorem*

I. Généralités

646 La *ratio legis* de cette règle est exprimée ainsi par le BGH : faisant un usage unilatéral de la liberté de rédiger le contrat, l'utilisateur des CGA doit assumer la responsabilité du contenu de son texte préformulé¹¹⁴⁵.

¹¹³⁸ STOFFELS, AGB-Recht, n° 360 et les réf. citées.

¹¹³⁹ BGH, in : NJW 1980, p. 1947.

¹¹⁴⁰ ULMER, § 305c BGB, n° 82, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁴¹ ULMER, § 305c BGB, n° 83, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 305c BGB, n° 25.

¹¹⁴² ULMER, § 305c BGB, n° 83, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁴³ ULMER, § 305c BGB, n° 75, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁴⁴ STOFFELS, AGB-Recht, n° 362.

¹¹⁴⁵ BGH, in : NJW 1999, p. 1865, 1866 s. ; BGH, in : WM 1978, 10, 11

- 647 Il n'est question, ici aussi, que d'interpréter une clause : la règle du § 305 c al. 2 BGB n'est pas apte, en elle-même, à rendre une clause inefficace en raison de son caractère abusif¹¹⁴⁶.
- 648 L'interprétation *contra stipulatorem* ne sert pas qu'à juger du caractère abusif ou non d'une clause ; elle est également pertinente pour l'examen du caractère surprenant d'une clause et pour déterminer si une clause préformulée est contraire à une clause individuelle¹¹⁴⁷.
- 649 Ce principe doit être mis en relation avec l'obligation de transparence. Pour STOFFELS, l'interprétation *contra stipulatorem* est superflue si la clause, par son manque de clarté, est contraire à l'obligation de transparence¹¹⁴⁸. Le BGH semble appréhender la problématique différemment. Il utilise dans un premier temps la règle *in dubio contra stipulatorem* et déclare ensuite la clause en question contraire à l'obligation de transparence, combinant ainsi ces deux principes¹¹⁴⁹.

II. Caractère subsidiaire

- 650 Pour que le doute soit mis à la charge de l'utilisateur des CGA, il faut que, après la mise en œuvre du principe de l'interprétation objective, deux sens (au moins) puissent être attribués à la clause en question. De plus, un doute purement théorique ou abstrait ne suffit pas ; par conséquent, il n'est pas exigé des utilisateurs de CGA que les clauses soient claires eu égard à tous les cas de figure possibles et imaginables¹¹⁵⁰. Les conditions posées pour l'application de cette règle sont donc relativement restrictives¹¹⁵¹.
- 651 Ainsi, jurisprudence¹¹⁵² et doctrine¹¹⁵³ considèrent que la clause d'un contrat de vente comprenant la clause « comme vu sans garantie » ne contient aucune ambiguïté et exprime suffisamment la volonté de l'utilisateur des CGA d'exclure la garantie également pour des défauts cachés¹¹⁵⁴. La clause com-

¹¹⁴⁶ STOFFELS, AGB-Recht, n° 367 ; BASEDOW, Münch. Komm., § 305c BGB, n° 32.

¹¹⁴⁷ ULMER, § 305c BGB, n° 63, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁴⁸ N° 368.

¹¹⁴⁹ BGH, in : NJW 1999, p. 276.

¹¹⁵⁰ ULMER, § 305 c BGB, n° 86, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁵¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 370.

¹¹⁵² BGHZ 74, 383, 385.

¹¹⁵³ Voir STOFFELS, AGB-Recht, n° 370, et les réf. citées.

¹¹⁵⁴ En revanche, une telle clause est considérée comme abusive (voir BGH, in : BGHZ 74, 383, 385).

prenant l'expression « pour autant que la loi l'autorise » (« *soweit gesetzlich zulässig* ») est également considérée comme suffisamment claire¹¹⁵⁵.

III. Notion d'interprétation favorable au client

- 652 La notion d'interprétation favorable au client peut sembler parfaitement claire au premier abord : des deux (ou plusieurs) sens possibles après interprétation objective de la clause en question, il faut retenir celui qui préserve le mieux les intérêts du client.
- 653 Toutefois, à cette interprétation, dite « *kundenfreundlich* », la doctrine¹¹⁵⁶ et, en partie du moins, la jurisprudence¹¹⁵⁷, opposent celle dite « *kundenfeindlich* ». Cette dernière consiste à se focaliser sur celui des sens possibles qui serait si défavorable au client qu'il rendrait la clause abusive et donc inefficace. Elle recherche donc la version qui, *au final*, s'avère la plus favorable au client. La manière de procéder est la suivante : il convient de se demander si le sens le moins favorable au client aurait pour ce dernier des conséquences telles que la clause serait abusive. Dans l'affirmative, c'est cette interprétation qui est retenue. Dans le cas contraire prévaut le sens le plus favorable, dans l'acception traditionnelle de ce terme, soit « *kundenfreundlich* ».
- 654 L'interprétation « *kundenfeindlich* » s'est tout d'abord imposée dans les procédures collectives, menées par des associations de protection des consommateurs. En effet, en conduisant à la suppression de la clause ambiguë, elle atteint parfaitement le but recherché par une telle procédure, soit l'assainissement des CGA. Ce n'est que plus tard, pour assurer une meilleure protection du client – de manière générale, l'interprétation « *kundenfreundlich* » a tendance à faire perdre son caractère abusif à une clause qui, en conséquence, sera maintenue, même si elle s'avère tout de même désavantageuse – et une unité d'interprétation entre procédure collective et procédure individuelle, que cette méthode a été admise également pour cette dernière catégorie de procédure. Bien que non prévue par la Dir. 93/13, cette méthode d'interprétation est regardée comme parfaitement compatible avec ce texte, puisqu'elle offre une protection plus élevée au consommateur¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁵ Voir STOFFELS, AGB-Recht, n° 370, et les réf. citées.

¹¹⁵⁶ ULMER, § 305 c BGB, n° 91, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 305 c BGB, n° 35 ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 375.

¹¹⁵⁷ BGH, in : NJW 1992, p. 1097, 1099 ; BGH, in : NJW 1994, p. 1798, 1799. Dans un arrêt plus récent, le BGH a refusé de faire application de cette méthode dans un procès individuel (BGH, in : NJW 2001, p. 2165, 2167).

¹¹⁵⁸ BASEDOW, Münch. Komm., § 305 c BGB, n° 20.

§ 4 *Autres règles ?*

- 655 Utilisée avant l'entrée en vigueur de la loi de 1976 sur les CGA, l'*interprétation restrictive* des CGA défavorables au client (en particulier des clauses de limitation de responsabilité) est aujourd'hui rejetée par la doctrine majoritaire, laquelle considère qu'il s'agit d'un contrôle dissimulé du contenu¹¹⁵⁹.

Chapitre 8 : Contrôle du contenu

§ 1 *Généralités*

- 656 Le contrôle du contenu des CGA est régi principalement par les §§ 307 à 309 BGB. Le § 307 BGB comprend la clause générale, l'obligation de transparence (al. 1) et prévoit que, dans le doute, sont abusives les clauses incompatibles avec l'essence même des règles légales auxquelles la clause déroge (« *mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist* ») ou restreint à tel point les droits et obligations fondamentaux inhérents à la nature du contrat, que le but de celui-ci s'en trouve compromis (al. 2). Pour le cas où le contrat est passé entre un professionnel et un consommateur, le § 310 al. 3, ch. 3 BGB précise que les circonstances de la conclusion du contrat doivent être prises en compte. Le § 308 BGB comprend une liste de clauses laissant au juge une marge d'appréciation (liste grise), alors que le § 309 BGB constitue une liste de clauses automatiquement abusives (liste noire).

§ 2 *Rapports avec le droit commun*

- 657 Les dispositions générales du droit des obligations visant à corriger d'importants déséquilibres contractuels ne jouent qu'un rôle secondaire lorsque les §§ 307 ss BGB s'appliquent ; en revanche, elles revêtent une plus grande importance lorsqu'un déséquilibre contractuel résulte d'un accord individuel.

¹¹⁵⁹ ULMER, § 305 c BGB, n° 100, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 378 ; pour BASEDOW, cette méthode se confond avec celle de la règle in dubio contra stipulatorem (Münch. Komm., § 305 c BGB, n° 27).

I. Acte juridique contraire aux mœurs (§ 138 al. 1 BGB)

- 658 Cette disposition rend nul tout acte juridique contraire aux mœurs. La jurisprudence fait une application restrictive de cette norme : elle exige d'une part que les intérêts d'une partie soient gravement mis à mal et d'autre part un comportement subjectivement répréhensible¹¹⁶⁰.
- 659 Les critères d'appréciation et la sanction liés au § 138 BGB diffèrent de la législation spéciale sur les clauses abusives. En effet, il est admis que, pour juger de la contrariété aux mœurs d'une disposition contractuelle, il faut procéder à une appréciation d'ensemble – tenant compte de toutes les clauses contractuelles, même de celles qui seraient nulles en raison de leur caractère abusif – laquelle comprend les circonstances d'espèce¹¹⁶¹. Et si le contrat est considéré comme contraire aux mœurs, il est nul dans son ensemble.
- 660 La nullité, en raison de leur caractère abusif, de CGA constituant les points essentiels du contrat, peut aussi conduire à l'application du § 138 BGB¹¹⁶².
- 661 Les rapports entre le § 138 BGB et les §§ 305 ss BGB sont discutés. Si pour la jurisprudence¹¹⁶³ et une partie de la doctrine¹¹⁶⁴, ces normes peuvent s'appliquer cumulativement, certains auteurs estiment que les dispositions sur les CGA constituent une *lex specialis*¹¹⁶⁵.

II. Obligation de bonne foi (§ 242 BGB)

- 662 Le § 242 BGB oblige le débiteur à accomplir sa prestation de manière conforme à l'obligation de bonne foi. Les §§ 305 ss BGB constituent une *lex specialis* par rapport à cette disposition. Cette dernière trouvera donc application soit lorsqu'un accord individuel est en cause, soit lorsque le contrat concerne un domaine du droit exclu de la législation sur les clauses abusives (droit des sociétés, droit successoral, droit de la famille). Il ne peut donc pas y avoir application cumulative du § 242 BGB et des §§ 305 ss BGB.

¹¹⁶⁰ BGH, in : NJW 2001, p. 2331, 2333 ; BGH, in : NJW 1997, p. 3372, 3374.

¹¹⁶¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 385.

¹¹⁶² BGH, in : NJW 1985, p. 53 ; BGH, in : NJW 1983, p. 159 ; BGH, in : NJW 1969, p. 230.

¹¹⁶³ BGH, in : ZIP 1996, p. 957, 960 s.

¹¹⁶⁴ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 60, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN : STOFFELS, AGB-Recht, n° 384.

¹¹⁶⁵ KIENINGER, Münch. Komm., vor § 307 BGB, n° 10.

663 De plus, le § 242 BGB ne concerne pas les droits et obligations en tant que tels, mais bien la manière dont ceux-ci sont exercés¹¹⁶⁶, ce qui diffère des §§ 305 ss BGB.

III. Détermination d'une prestation par une partie (§ 315 BGB)

664 Aux termes de ce paragraphe, si une prestation est déterminée par une partie, elle doit l'être, dans le doute, de manière conforme à la bonne foi. Si cette disposition a été ponctuellement utilisée pour contrôler le contenu de CGA avant la loi de 1976¹¹⁶⁷, il ne saurait en aller de même actuellement. La bonne foi telle qu'elle est envisagée ici ne peut être examinée, en présence de CGA, que si une clause prévoit un droit de détermination unilatéral, et encore, seulement dans un second temps, après un examen à l'aune des §§ 307, 308 ch. 4 et 309 ch. 1 BGB¹¹⁶⁸.

665 De plus, la sanction liée au § 315 BGB diffère de celle prévue en cas de clause abusive. Dans le premier cas, le contrat sera adapté par le juge (§ 315 al. 2 BGB), alors que dans le second, la clause est inefficace.

IV. Vices du consentement

1 Généralités

666 Les règles touchant l'erreur (§ 119 BGB) et le dol (§ 124 BGB) sont, d'un point de vue dogmatique, différentes de celles qui concernent les clauses abusives ; contrairement aux premières, les secondes ne visent pas à protéger le client contre des clauses qui lui seraient trop défavorables, mais à assurer une certaine adéquation entre le contenu du contrat d'une part et l'idée que se font les parties de ce contenu d'autre part. Il semble donc utile de dire quelques mots de cette problématique, même si celle-ci n'a que peu d'incidences pratiques¹¹⁶⁹.

667 Il faut d'emblée préciser que la doctrine majoritaire dénie à l'utilisateur des CGA le droit de se prévaloir des règles sur les vices du consentement¹¹⁷⁰. Il

¹¹⁶⁶ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 63, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 389.

¹¹⁶⁷ Voir par exemple BGHZ 38, 183, 186.

¹¹⁶⁸ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 67, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁶⁹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 399.

¹¹⁷⁰ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 69, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 398.

serait en effet contradictoire que celui qui rédige – unilatéralement – les CGA puisse ensuite en contester la validité en prétextant que celles-ci ne correspondent pas à sa volonté.

668 Le consentement du client peut être affecté de deux manières : quant à l'intégration des CGA et quant au contenu de ces dernières.

2 Vice du consentement portant sur l'intégration

669 Cette hypothèse concerne les cas dans lesquels le client pense à tort que le contrat est conclu sans CGA. STOFFELS donne l'exemple d'un automobiliste qui renonce à utiliser une installation de lavage automatique d'automobiles en raison de la clause, affichée en un endroit déterminé, qui exclut toute responsabilité pour dommages portés à la carrosserie ; passant un jour à proximité, il remarque que le panneau d'affichage a été supprimé ; il fait alors laver sa voiture et ce n'est que postérieurement qu'il s'aperçoit que le panneau en question a été déplacé¹¹⁷¹.

670 La doctrine distingue selon que le client s'imagine à tort que son partenaire contractuel n'utilise pas du tout de CGA ou qu'il en utilise, mais n'en fait pas usage dans le cas d'espèce. Dans la première hypothèse, elle estime que le client doit véritablement être convaincu de l'absence d'utilisation de CGA ; si, en revanche, le client ne se pose aucune question relative à l'utilisation ou non de CGA, il ne saurait se prévaloir d'une erreur de sa part¹¹⁷².

671 Un dol portant sur l'intégration des CGA au contrat se conçoit mal. Il serait en effet curieux d'admettre dans un premier temps un accord sur l'intégration, fût-il tacite, pour ensuite affirmer qu'il y a eu dol¹¹⁷³.

3 Vice du consentement portant sur le contenu

672 Le client ne saurait se prévaloir d'un vice du consentement portant sur le contenu des CGA s'il n'a pas lu celles-ci et par conséquent n'a pas réfléchi à leur contenu. Le principal cas de figure imaginable est celui dans lequel les CGA ont été modifiées par rapport à celles que connaissait le client suite à de précédents contrats¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ N° 395.

¹¹⁷² FUCHS, vor § 307 BGB, n° 70, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁷³ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 71, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁷⁴ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 72, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 396.

- 673 La question est discutée de savoir s'il faut admettre l'erreur sur les conséquences juridiques d'une clause (*Rechtsfolgeirrtum*). Une partie de la doctrine s'y oppose¹¹⁷⁵, alors que certains, plus nuancés, y sont favorables pour autant qu'il y ait une différence significative entre la conception du client et la réalité¹¹⁷⁶.
- 674 La doctrine admet que le client peut contester la validité du contrat en invoquant un dol sur le contenu du contrat¹¹⁷⁷.

§ 3 *Délimitation des clauses contrôlables*

I. Généralités

- 675 La doctrine majoritaire et la jurisprudence voient dans l'al. 3 du § 307 BGB une triple limitation du champ d'application du contrôle du contenu des CGA¹¹⁷⁸. Pour elles, sont exclues du contrôle les clauses reprenant des dispositions légales, celles décrivant les prestations contractuelles et celles concernant le prix. Pour d'autres auteurs en revanche, il ne faut pas attribuer de portée particulière à cette norme : toute clause ne résistant pas à l'examen des §§ 307 à 309 BGB doit être inefficace¹¹⁷⁹.
- 676 L'al. 3 du § 307 BGB a la teneur suivante¹¹⁸⁰ (c'est nous qui traduisons) :
- «¹Les alinéas 1 et 2 ainsi que les §§ 308 et 309 ne s'appliquent qu'à des dispositions de conditions générales d'affaires qui dérogent à, ou complètent, des règles de droit (Rechtsvorschriften).*
- ²D'autres dispositions peuvent être inefficaces d'après l'alinéa 1 phrase 2 en relation avec l'alinéa 1 phrase 1 ».*
- 677 L'exclusion liée aux clauses reprenant des dispositions légales s'explique par le respect que le juge doit avoir de la loi ; celui-ci manquerait à ce devoir en

¹¹⁷⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 397.

¹¹⁷⁶ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 73, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁷⁷ FUCHS, vor § 307 BGB, n° 74, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 397.

¹¹⁷⁸ Cette vision correspond à celle ressortant des travaux préparatoires (BT-Drucks. 7/3919, p. 22).

¹¹⁷⁹ NIEBLING, p. 852.

¹¹⁸⁰ C'est nous qui traduisons. Dans le texte original : « Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden ».

qualifiant d'abusives une réglementation élaborée par le législateur¹¹⁸¹. Quant aux clauses décrivant des prestations contractuelles et à celles concernant le prix, les raisons de ne pas les soumettre au contrôle sont l'absence de critère normatif pour tracer une limite entre ce qui est abusif et ce qui ne l'est pas, l'absence d'un besoin de protection du client – lequel, vu l'importance de ces éléments, les prendra forcément en considération – et la contradiction entre le contrôle de ces paramètres et une économie de marché¹¹⁸². Enfin, une interprétation conforme au droit communautaire conduit au même résultat¹¹⁸³.

678 L'immunité de ces clauses est subordonnée à la clarté de leur texte¹¹⁸⁴. De plus, elle n'empêche pas l'application d'autres règles (que le contrôle du contenu) protégeant le client contre des CGA.

II. Clauses exclues du contrôle

1 Clauses déclaratoires

679 Une clause contenue dans des CGA ne saurait être contrôlée à l'aune du § 307 BGB si elle ne fait que reprendre une disposition légale. Il convient donc de se demander s'il y a adéquation entre d'une part la clause contractuelle et d'autre part la disposition légale. Si le premier terme de la comparaison ne pose pas de problèmes particuliers – étant entendu que le sens de la clause se détermine selon les principes énoncés plus haut¹¹⁸⁵ – le second soulève plusieurs questions.

680 Tout d'abord, il convient de déterminer ce qu'il faut entendre, dans ce contexte, par disposition légale. La jurisprudence interprète largement cette notion, y intégrant les principes juridiques non écrits, les règles de droit prétorien, celles de l'interprétation complétive au sens des §§ 157 et 242 BGB et celles liées à la nature du contrat en cause¹¹⁸⁶. Il est en revanche sans pertinence qu'une clause corresponde à un usage commercial¹¹⁸⁷. Au cas où une disposition légale fait – totalement ou partiellement – défaut, il ne peut, par définition, être question d'identité entre la clause et une disposition

¹¹⁸¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 424.

¹¹⁸² FUCHS, § 307 BGB, n° 18 ss, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹¹⁸³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 425 ss.

¹¹⁸⁴ STOFFELS, AGB-Recht, n° 428.

¹¹⁸⁵ FUCHS, § 307 BGB, n° 25, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 432.

¹¹⁸⁶ BGH, in : NJW 1985, p. 3013, 3014 ; BGH, in : NJW 1993, p. 721, 722 ; BGH, in : NJW 1988, p. 383 ; BGH, in : NJW 2002, p. 1950, 1951 ; plus restrictif : STOFFELS, AGB-Recht, n° 433 s.

¹¹⁸⁷ FUCHS, § 307 BGB, n° 30, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

légale ; tel sera notamment le cas lorsque la clause examinée est insérée dans un contrat innommé¹¹⁸⁸.

- 681 Puisque seule une clause correspondant à une disposition légale est soustraite du contrôle, il est indifférent, en cas de divergence – en dépit de la distinction opérée par le texte de l'al. 2, phrase 2 du § 307 BGB – qu'il s'agisse d'une dérogation à la loi (*abweichende Regelung*) ou d'un complètement de celle-ci (*ergänzende Regelung*)¹¹⁸⁹.
- 682 L'identité entre la clause et une disposition légale ne joue un rôle que si cette dernière s'appliquerait au contrat en l'absence de toute réglementation contractuelle. Dans le cas contraire (par exemple, insertion, dans un contrat de vente, d'une disposition concernant le contrat d'entreprise), la clause est contrôlable¹¹⁹⁰ ; l'est aussi la clause de qualification du contrat, du moins si elle s'écarte de la qualification qui serait retenue en son absence.
- 683 Si la disposition légale reprise contractuellement doit par nature – eu égard à son imprécision – être complétée par les parties et que l'utilisateur des CGA ne fournit pas les compléments nécessaires, le flou qu'engendre une telle clause rend celle-ci contrôlable¹¹⁹¹. Si au contraire l'utilisateur des CGA précise suffisamment la clause, il doit encore indiquer au client qu'il fait par là usage de la marge d'appréciation que la loi autorise, sans quoi la clause en question ne satisfait pas l'exigence de transparence¹¹⁹².
- 684 N'échappe en principe pas non plus au contrôle la clause par laquelle l'utilisateur des CGA procède à un choix entre les différentes possibilités que prévoit la loi. La doctrine admet qu'il puisse en aller différemment si deux conditions sont cumulativement remplies. Il faut tout d'abord que la disposition légale autorise certains accords à des conditions déterminées. Mais il faut aussi – et cette condition est particulièrement restrictive – que ressorte clairement de l'analyse de la norme la volonté du législateur d'autoriser ce choix au moyen de CGA (et pas seulement par un accord individuel)¹¹⁹³.
- 685 Il peut arriver exceptionnellement qu'une clause reflète certes une disposition légale applicable au contrat en question mais s'avère, dans le cas particulier, si

¹¹⁸⁸ STOFFELS, AGB-Recht, n° 432.

¹¹⁸⁹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 435.

¹¹⁹⁰ FUCHS, § 307 BGB, n° 29, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 432.

¹¹⁹¹ FUCHS, § 307 BGB, n° 36, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 438 ; KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 6.

¹¹⁹² BGH, in : NJW 2001, p. 2012, 2013.

¹¹⁹³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 436 ; FUCHS, § 307 BGB, n° 33, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

éloignée de la situation qu'entendait régler le législateur, qu'il s'impose de la contrôler. Il en va ainsi d'une clause, insérée dans un contrat d'utilisation d'un club de fitness, qui prévoit que le client devra s'acquitter de ses cotisations même s'il n'utilise pas les installations¹¹⁹⁴. Cette clause ne s'écarte pas du § 537 al. 1 BGB, lequel prévoit que le locataire doit payer le loyer même s'il est empêché d'utiliser la chose pour des motifs touchant à sa personne ; mais dans un tel contexte, elle s'avère si atypique qu'elle ne saurait être soustraite au contrôle¹¹⁹⁵.

686 Lorsqu'une norme spéciale autorise des dérogations à une règle générale, les clauses par lesquelles il est fait usage de cette faculté sont contrôlables¹¹⁹⁶.

2 *Clauses décrivant les prestations contractuelles*

687 Sont exclues du contrôle les clauses qui déterminent les prestations dues par les parties. La jurisprudence conçoit étroitement cette exception : sont seules visées les clauses dont l'absence entraînerait l'impossibilité de déterminer le contenu principal du contrat¹¹⁹⁷. Il s'agit donc avant tout de celles portant sur l'objet, le genre, la qualité et la quantité des prestations¹¹⁹⁸. La notion englobe donc les *essentialia negotii*. Pour certains, elle est plus large et comprend toutes les circonstances qui typiquement sont importantes pour la conclusion du contrat, c'est-à-dire permettent au client de faire son choix entre plusieurs prestations comparables¹¹⁹⁹. La limite n'est pas toujours facile à tracer lorsque l'objet du contrat n'est pas une chose tangible¹²⁰⁰.

688 En revanche, sont contrôlables les clauses qui s'écartent des prestations principales dues, pour le contrat en cause, en vertu de la loi ou des règles de la bonne foi. Ainsi, le BGH a-t-il contrôlé la clause d'un contrat de voyage à forfait prévoyant que les prestations du voyageur doivent être fournies conformément au contrat et aux usages locaux (*Landesüblichkeit*) ; car cette clause limite les obligations de l'utilisateur des CGA, les usages locaux

¹¹⁹⁴ BGH, in : NJW 1997, p. 193, 194.

¹¹⁹⁵ BGH, in : NJW 1997, p. 103 ; pour d'autres exemples, voir KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 8.

¹¹⁹⁶ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 10.

¹¹⁹⁷ BGH, in : NJW 2001, p. 1132 s. ; BGH, in : NJW 2001, p. 2014, 2016 ; BGH, in : NJW 1999, p. 2279, 2280 ; BGH, in : 1999, 3358, 3359 ; BGH, in NJW 1987, p. 1931, 1935.

¹¹⁹⁸ BGH, in : NJW 2000, p. 3348 ; BGH, in : NJW 1999, p. 2279, 2280 ; BGH, in : NJW 1999, p. 3558, 3559.

¹¹⁹⁹ FUCHS, § 307 BGB, n° 53, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN. En ce sens également : KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 12.

¹²⁰⁰ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 15.

constituant souvent un standard moins élevé que celui auquel est habitué un client allemand¹²⁰¹. Pour trancher les cas limites, il faut garder à l'esprit le but visé par la législation sur les CGA, soit protéger les clients contre des limitations contractuelles incompatibles avec l'objet et le but du contrat¹²⁰².

3 *Clauses sur le prix*

- 689 A supposer qu'elles n'aient pas fait l'objet d'un accord individuel – ce qui ne sera pas le cas le plus fréquent – les clauses concernant immédiatement le prix ne peuvent pas être contrôlées. Il s'agit de celles qui ont pour objet la somme elle-même, la détermination des facteurs pertinents pour la fixation du prix et la procédure à suivre pour fixer celui-ci¹²⁰³. Il est loisible à l'utilisateur des CGA de détailler le prix ; toutefois, cette faculté trouve ses limites dans l'obligation de transparence, ainsi que dans le droit dispositif¹²⁰⁴.
- 690 Peuvent en revanche être contrôlées les clauses, dites accessoires sur le prix, qui ont un effet sur celui-ci, sans toutefois le fixer et qui, à défaut de mention dans le contrat, peuvent être remplacées par du droit dispositif¹²⁰⁵. Il s'agit typiquement de clauses sur la modification du prix par une partie, les conditions de paiement, l'exigibilité¹²⁰⁶.
- 691 Le contrôle du contenu ne peut pas porter sur la rémunération de prestations supplémentaires ou accessoires qui ne seraient pas appréhendées par le droit dispositif¹²⁰⁷. Encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une prestation au sens strict, qui soit faite dans l'intérêt du client et qui justifie dès lors une rémunération¹²⁰⁸ ; tel n'est pas le cas lorsqu'une clause impose au client des coûts que la loi fait supporter à son partenaire contractuel¹²⁰⁹.

¹²⁰¹ BGH, in : NJW 1987, p. 1931, 1935.

¹²⁰² STOFFELS, AGB-Recht, n° 441.

¹²⁰³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 443.

¹²⁰⁴ FUCHS, § 307 BGB, n° 77, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁰⁵ BGHZ 106, 42, 46 ; FUCHS, § 307 BGB, n° 75 ; KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 16.

¹²⁰⁶ STOFFELS, AGB-Recht, n° 445.

¹²⁰⁷ FUCHS, § 307 BGB, n° 79, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁰⁸ BGH, in : NJW 2002, p. 2386.

¹²⁰⁹ BGH, in : NJW 1997, p. 2752 s.

III. Limites du contrôle du contenu et exigence de transparence

- 692 La question du rapport entre les limites du contrôle du contenu des clauses et l'exigence de transparence est réglée par l'alinéa 3, phrase 2 du § 307 BGB.
- 693 Le sens de cette disposition n'est pas clair. Pour certains auteurs, celle-ci signifie simplement que les clauses exclues du contrôle du contenu sont malgré tout soumises à l'exigence de transparence¹²¹⁰. Pour d'autres, elle affirme que les clauses déclaratoires, celles sur la description des prestations et celles sur le prix ne sont soustraites au contrôle que si elles satisfont à l'exigence de transparence. Cette dernière opinion repose tout d'abord sur une interprétation conforme au droit communautaire ; en effet, la Dir. 93/13 prévoit expressément cette réserve en son article 4 al. 2. Ensuite, c'est une interprétation téléologique de la loi qui est invoquée. Celle-ci veut que si les clauses en question ne sont pas contrôlées, c'est parce qu'elles sont propres à orienter le client sur le marché ; toutefois, cette fonction ne peut être assurée que si les clauses en question sont suffisamment claires pour être comprises aisément par le client¹²¹¹.

§ 4 Clause générale

I. Généralités

- 694 Le § 307 alinéa 1, phrase 1 BGB constitue la norme générale en matière de contrôle du contenu. Sa teneur est la suivante (c'est nous qui traduisons) :

*« Les dispositions de conditions générales d'affaires sont inefficaces lorsque, à l'encontre de l'obligation de bonne foi, elles désavantagent de manière inappropriée le partenaire contractuel de l'utilisateur »*¹²¹².

- 695 Par cette clause générale, le législateur a institué un véritable contrôle légal – et pas un contrôle en équité – du contenu des clauses insérées dans des CGA. Le juge doit donc s'en tenir strictement aux critères légaux. Le pouvoir du juge de décider en équité ne peut en principe s'exercer, le cas échéant, que dans l'appréciation des critères en question.

¹²¹⁰ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 20.

¹²¹¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 428 ss.

¹²¹² Dans la version originale : « Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen ».

- 696 La clause générale n'est, en raison de son imprécision, pas suffisante en elle-même pour déterminer si une clause est abusive ou non ; elle est néanmoins nécessaire pour éviter les lacunes que comprennent inmanquablement les règles destinées à la préciser.
- 697 Ces dernières sont, outre l'al. 2 du § 307 BGB, les listes des §§ 308 et 309 BGB. Toute clause contrôlable doit d'abord être examinée à l'aune de ces listes. Si elle ne correspond pas à une des clauses qui y sont répertoriées, il faut appliquer le § 307 BGB. Si, à l'inverse, la clause en cause correspond à une de celles mentionnées dans les listes, elle sera en principe abusive *ipso facto*, sans qu'un examen sur la base de la clause générale soit nécessaire. Mais il se peut aussi, en particulier s'agissant de la liste du § 308 BGB – laquelle laisse une marge d'appréciation au juge – qu'une clause contractuelle y figure, mais ne soit pas considérée comme abusive. Dans cette hypothèse, ce n'est qu'avec réserve qu'on pourra « se rabattre » sur le § 307 BGB pour modifier cette qualification.

II. Désavantage inapproprié (*unangemessene Benachteiligung*, § 307 al. 1 BGB)

- 698 Il s'agit dans un premier temps d'examiner si le client subit un désavantage, puis de se demander si celui-ci est inapproprié.

1 Désavantage

- 699 La question du désavantage est neutre et ne pose pas de difficultés majeures. Elle n'implique aucun jugement de valeur, mais une comparaison. Le premier terme de celle-ci est la situation dans laquelle la clause place le client ; le second est la situation qui serait la sienne si ladite clause n'existait pas et que le droit dispositif était appliqué. Si la première hypothèse est plus défavorable au client que la seconde, il y a désavantage¹²¹³ ; l'étape suivante consiste alors à se demander si ce dernier est inapproprié.

2 Caractère inapproprié

2.1 Généralités

- 700 Tout désavantage n'est pas à prendre en compte : Il faut tout d'abord que celui-ci revête une certaine importance ; c'est dire que les cas-bagatelle

¹²¹³ FUCHS, § 307 BGB, n° 100, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 467.

doivent être écartés d'emblée. Bien que non écrite, cette condition est unanimement admise¹²¹⁴ et remplit la fonction de « filtre ». De plus, le désavantage doit être inapproprié.

701 Cette dernière qualification est délicate parce que c'est à ce stade qu'a lieu la pesée des intérêts des parties et qu'intervient l'application du principe de la bonne foi. D'après la jurisprudence, le désavantage est inapproprié lorsque l'utilisateur des CGA cherche à imposer de manière abusive ses intérêts au détriment de son partenaire contractuel, sans prendre en compte les intérêts de ce dernier pour trouver un certain équilibre contractuel¹²¹⁵.

2.2 Intérêts à prendre en compte

702 Sont seuls déterminants les intérêts qui, typiquement, sont ceux des clients moyens parties à un contrat tel que celui en cause. Les circonstances propres à un cas d'espèce ne sont en revanche pas pertinentes¹²¹⁶. Il n'est donc par exemple pas déterminant de savoir si, dans le cas concret, le client a besoin de protection ou si, au contraire, son expérience de la vie des affaires ou ses connaissances juridiques rendent celle-ci superflue¹²¹⁷. De même, il est indifférent qu'une clause dont le « potentiel de nuisance » est élevé n'ait pas, dans tel ou tel cas, de conséquences pour le client¹²¹⁸. Cette appréciation, généralisée puisque détachée des conditions d'un cas d'espèce, n'empêche pas d'opérer des distinctions qui tiennent compte du type de contrat, de son objet (les clauses d'un contrat de vente pourront être appréciées diversement selon que la chose est neuve ou usagée)¹²¹⁹, de son but ou encore de la catégorie de client¹²²⁰ (une clause pourra s'avérer inappropriée vis-à-vis d'un professionnel mais pas vis-à-vis d'un consommateur)¹²²¹. Il faut toutefois que les caractéristiques prises en compte soient typiques des catégories établies.

703 Cette généralisation des intérêts n'est pas possible du côté de l'utilisateur des CGA. Car certaines circonstances peuvent, pour des raisons inhérentes au

¹²¹⁴ FUCHS, § 307 BGB, n° 101 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN. Cela ressort également des travaux préparatoires (BT-Drucks. 7/5422, p. 6).

¹²¹⁵ BGH, in : NJW 2000, p. 1110, 1112 ; BGH, in : NJW 1999, p. 635, 636.

¹²¹⁶ BGH, in : NJW 2002, p. 1713, 1715 ; BGH, in : NJW 2000, p. 2106, 2107 ; BGH, in : NJW 1997, p. 3022, 3024 ; BGH, in : NJW 1997, p. 3372, 3374.

¹²¹⁷ FUCHS, § 307 BGB, n° 110, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²¹⁸ FUCHS, § 307 BGB, n° 110, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²¹⁹ FUCHS, § 307 BGB, n° 111, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²²⁰ BGH, in : NJW 1990, p. 1601, 1602 ; BGH, in : NJW 1987, p. 2575, 2576 ; BGH, in : NJW 1986, p. 2102, 2103.

¹²²¹ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 36.

marché, être importantes pour un utilisateur de CGA déterminé et ne pas l'être pour ses concurrents ou pour les utilisateurs de CGA comparables¹²²².

- 704 Doivent être considérés les intérêts des parties au contrat ; il n'y a en principe pas de place pour l'intérêt général¹²²³. Les intérêts de tiers au contrat qui peuvent déduire directement des droits du contrat ou auxquels ce dernier confère des droits, sont aussi pertinents¹²²⁴.

2.3 Pesée d'intérêts/proportionnalité

- 705 Après avoir établi quels sont les intérêts en présence, il convient de les mettre en balance. Vu la diversité des intérêts potentiellement pertinents, il n'est pas possible de les classer en catégories bien précises, auxquelles un « poids » déterminé serait attribué. Dès lors, on en est réduit à des affirmations d'ordre général. Ainsi, plus l'atteinte portée aux intérêts du client est lourde ou – ce qui va généralement de pair – plus la clause s'écarte du droit dispositif, plus les intérêts de l'utilisateur des CGA doivent être importants et vice-versa¹²²⁵. Il s'ensuit par exemple que de simples motifs de praticabilité ne sauraient justifier un désavantage significatif ; à l'inverse, d'importants avantages de rationalisation de l'utilisateur ne sauraient être contrecarrés par des intérêts de second ordre du client. Est donc sous-jacente l'idée de proportionnalité, laquelle se manifeste aussi en ce que le client ne doit pas être plus défavorisé que cela n'est nécessaire pour atteindre le but légitime de l'utilisateur des CGA¹²²⁶ (notamment s'agissant des sanctions imposées au client). En revanche, une clause ne doit pas être qualifiée d'inappropriée au seul motif qu'elle est atypique ; en effet, il se peut que, s'écartant du modèle législatif, elle constitue, de manière alternative, une solution équilibrée¹²²⁷.

3 *Moment de l'appréciation*

- 706 Même si la loi – contrairement à la Dir. 93/13 – ne le dit pas expressément, il est admis que le moment déterminant pour juger du caractère inapproprié

¹²²² FUCHS, § 307 BGB, n° 112, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²²³ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 48.

¹²²⁴ BGH, in : NJW 1999, p. 3558, 3559.

¹²²⁵ FUCHS, § 307 BGB, n° 104, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 470.

¹²²⁶ FUCHS, § 307 BGB, n° 105, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²²⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 471.

d'une clause est celui de la conclusion du contrat¹²²⁸. Une modification profonde des faits peut toutefois être appréhendée par le § 242 BGB¹²²⁹.

4 *Eléments particuliers*

4.1 Effets « compensatoire » et « additionnel »

- 707 L'examen du caractère inapproprié doit certes porter sur chaque clause prise individuellement. Pourtant, on ne saurait, pour ce faire, ignorer les autres dispositions du contrat. Ces dernières peuvent agir de deux manières : soit pour atténuer les conséquences d'une clause qui, prise pour elle-même, serait inappropriée (effet « compensatoire »), soit pour renforcer les conséquences d'une clause qui, considérée isolément, serait encore considérée comme acceptable (effet « additionnel »).
- 708 L'effet « additionnel » est admis sans conditions particulières. Le cas échéant les deux (ou plusieurs) clauses seront inefficaces¹²³⁰. L'exemple suivant illustre bien la problématique. Le BGH avait à juger, dans le cadre d'un contrat de bail, de la combinaison entre une clause de paiement par avance et une clause limitant la faculté du locataire de faire valoir la compensation. Il a estimé que le locataire était ainsi empêché d'exercer son droit de diminuer le loyer en cas de défauts (que lui accorde le § 536 BGB) et subissait de ce fait un désavantage inapproprié¹²³¹.
- 709 L'effet compensatoire est également admis, mais à deux conditions cumulatives. Il faut tout d'abord qu'il y ait un lien matériel entre les (deux) clauses, lesquelles seraient à défaut trop différentes par nature, empêchant par là toute compensation¹²³². Ensuite, la clause « favorable » doit l'être suffisamment pour contrebalancer véritablement les effets de celle à laquelle on l'oppose¹²³³. La jurisprudence a admis qu'une clause obligeant un détaillant vendeur de journaux à acheter à un grossiste la totalité de l'assortiment de ce dernier, représentait en elle-même un désavantage inapproprié ; mais une disposition contractuelle permettant au détaillant de retourner les journaux

¹²²⁸ BGH, in : NJW 2000, p. 1110, 1113.

¹²²⁹ FUCHS, § 307 BGB, n° 117, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 472.

¹²³⁰ FUCHS, § 307 BGB, n° 155, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 486

¹²³¹ BGH, in : NJW 1995, p. 254.

¹²³² FUCHS, § 307 BGB, n° 152 s., in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 487.

¹²³³ FUCHS, § 307 BGB, n° 153, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 487.

invendus en échange de leur prix d'achat rendait, aux yeux du BGH, cette clause admissible¹²³⁴.

4.2 Argument du prix

- 710 L'obligation de prendre en compte l'ensemble du contrat pose la question de l'argument du prix, soit celle de savoir si l'utilisateur des CGA peut valablement limiter ses obligations arguant que le prix est particulièrement bas.
- 711 L'argument du prix est rejeté pour deux motifs. Tout d'abord, il n'y pas de méthode permettant d'établir le « juste prix » et, à supposer qu'il y en ait, il n'appartiendrait pas au juge de l'appliquer¹²³⁵. Ensuite, la diminution du prix – à moins d'être massive, ce qui poserait à l'utilisateur des CGA des problèmes de rentabilité – n'est en principe pas apte à compenser les effets négatifs d'autres clauses¹²³⁶, en particulier celles visant à limiter la responsabilité de l'utilisateur des CGA ou la garantie que doit ce dernier à son partenaire contractuel – soit celles pour lesquelles l'utilisateur des CGA serait le plus enclin à utiliser l'argument du prix. Ce principe connaît deux exceptions.
- 712 Tout d'abord, il est légitime que l'utilisateur des CGA invoque l'argument du prix pour justifier une clause d'exclusion de responsabilité ou de garantie lorsqu'un prix correspondant à une responsabilité ou à une garantie pleine et entière serait dissuasif pour une bonne partie de la population. Il s'agit de contrats pour lesquels la prestation principale est de faible valeur, mais peut être source d'un dommage considérable. On peut citer les contrats portant sur la surveillance d'une place de parking¹²³⁷ ou le nettoyage de vêtements¹²³⁸.
- 713 Ensuite, l'argument du prix est valable quand le client a pu choisir entre d'une part une prestation étendue moyennant une rémunération élevée et d'autre part une prestation limitée impliquant une contrepartie plus modeste¹²³⁹. Encore faut-il que le client soit réellement placé devant un choix et ne soit pas

¹²³⁴ BGH, in : NJW 1982, p. 644, 645.

¹²³⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 493.

¹²³⁶ STOFFELS, AGB-Recht, n° 493.

¹²³⁷ BGH, in : NJW 1968, p. 1718, 1720.

¹²³⁸ BGHZ 77, 126, 133.

¹²³⁹ LG Mönchengladbach, in : NJW-RR 2004, p. 416 ; BGH, in : NJW-RR 1989, p. 243.

« contraint », de fait, à choisir la branche de l'alternative comportant le prix le moins élevé¹²⁴⁰.

- 714 De cette problématique, il faut distinguer la question de savoir si le juge peut être « contraint » de maintenir une clause au motif que sa suppression conduirait l'utilisateur des CGA à rehausser considérablement ses prix. La doctrine répond par la négative : d'une part, il est souvent difficile d'établir si et surtout, cas échéant, dans quelle mesure, la suppression d'une clause entraînerait une hausse du prix ; d'autre part, il est impossible de savoir si l'utilisateur des CGA parviendrait à imposer un tel prix sur le marché¹²⁴¹.

4.3 Maîtrise du risque et assurabilité

- 715 Lorsque l'utilisateur des CGA répercute un risque sur le client, il convient, pour juger du caractère approprié de la clause en question, de se demander lequel des partenaires contractuels est le mieux à même d'éviter, par des mesures de prévention raisonnables, la réalisation du risque. Ainsi, si un hôpital entend se libérer de toute responsabilité liée aux objets personnels de ses patients, une telle clause n'est pas critiquable s'il existe pour eux une réelle possibilité de déposer ces objets en lieu sûr¹²⁴². En revanche, un vendeur d'huile de chauffage qui s'engage à livrer son produit mais exclut sa responsabilité relative au remplissage de la chaudière, répercute de manière injustifiée le risque sur le client qui, n'ayant pas les compétences *ad hoc*, n'est nullement en mesure de prévenir un dommage pouvant résulter d'une telle opération ; la clause est dès lors inefficace¹²⁴³.
- 716 Dans le même ordre d'idées, s'agissant de règles sur la responsabilité, il faut se demander quelle partie peut se faire assurer aux meilleures conditions (eu égard aux primes) et laquelle est usuellement assurée dans ce genre de cas. En se fondant sur ce principe, la jurisprudence a estimé que le propriétaire d'une installation de lavage d'automobiles ne peut pas exclure sa responsabilité pour des dommages subis par les véhicules de ses clients : le détenteur d'automobiles ne peut pas s'assurer contre un tel dommage, lequel est exclu de l'assurance « casco » complète, alors que l'utilisateur des CGA peut, pour sa part, sans problème s'assurer en responsabilité civile¹²⁴⁴.

¹²⁴⁰ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 45; en ce sens aussi FUCHS, § 307 BGB, n° 148, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁴¹ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 42.

¹²⁴² OLG Karlsruhe, in : NJW 1975, p. 597, 599.

¹²⁴³ BGH, in : NJW 1971, p. 1036.

¹²⁴⁴ OLG Hambourg, in : DAR 1984, 260, 262.

4.4 Divers

- 717 La contrariété à des standards établis (usages commerciaux ou spécifiques à telle ou telle branche) n'a qu'une valeur d'indice du caractère inapproprié de la clause ; une analyse de celle-ci peut aboutir au résultat contraire. L'inverse est aussi vrai, ce qui signifie, notamment, que le caractère usuel d'une clause n'est pas un gage absolu de sa validité¹²⁴⁵.
- 718 L'effet de standardisation dont bénéficie l'utilisateur des CGA est à prendre en compte. Il ne saurait toutefois, à lui seul, justifier une atteinte trop importante aux droits du client¹²⁴⁶.

5 Exemples

- 719 Sont évoqués ici quelques cas dans lesquels la jurisprudence fait typiquement usage de l'alinéa 1 du § 307 BGB, sans se référer à l'alinéa 2.

5.1 Principe de l'équivalence

- 720 D'après ce principe, sont inefficaces les clauses qui n'éveillent pas l'attention du client lors de la signature du contrat et qui rompent, non pas de manière systématique, mais dans certains cas particuliers seulement, l'équilibre contractuel propre à un contrat synallagmatique¹²⁴⁷. On peut citer l'exemple d'un contrat d'utilisation d'une salle de fitness qui prévoit que les installations ne sont pas accessibles, plusieurs semaines durant, pendant des périodes de vacances, sans que le prix de l'abonnement soit adapté à cette restriction¹²⁴⁸.

5.2 Droit de déterminer unilatéralement certaines prestations

- 721 Aux termes du § 315 BGB, il peut être convenu qu'une des parties pourra déterminer unilatéralement ses prestations contractuelles ; le § 316 BGB concerne pour sa part la faculté d'une partie de déterminer unilatéralement les prestations qui lui sont dues. Il va de soi que le risque d'abus est grand lorsque de telles clauses figurent dans des CGA. Du reste, le § 309 ch. 1 BGB prohibe les clauses qui permettent une hausse du prix lorsque la période entre la signature du contrat d'une part et la livraison ou l'accomplissement de la prestation d'autre part est inférieure à quatre mois. Et le § 308 ch. 4 BGB interdit toute convention qui permet à l'utilisateur des CGA de modifier la prestation due ou de déroger à celle-ci lorsque cette modification ou

¹²⁴⁵ FUCHS, § 307 BGB, n° 140 ss, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁴⁶ STOFFELS, AGB-Recht, n° 189.

¹²⁴⁷ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 50.

¹²⁴⁸ LG Frankenthal, in : VuR 1993, 350, 351.

dérogation, en considérant les intérêts de l'utilisateur des CGA, n'est pas supportable pour le client.

- 722 En dehors de ces deux cas, les droits de détermination unilatérale ne sont acceptables qu'en présence de motifs particuliers qui les justifient, que s'ils sont précisés de manière particulièrement claire et tiennent suffisamment compte des intérêts de l'autre partie¹²⁴⁹. De plus, les motifs – importants – qui permettent de modifier la prestation doivent être indiqués dans la clause et une contrepartie doit être fournie au client¹²⁵⁰. Celle-ci peut consister en la faculté de se départir du contrat au moment où l'utilisateur des CGA procède à cette modification¹²⁵¹. Une clause qui prévoit une possibilité de modifier une prestation sans conditions est abusive¹²⁵².

5.3 Durée du contrat

- 723 Une clause prévoyant une durée contractuelle trop importante est abusive, car elle restreint trop la liberté du client de conclure un contrat similaire avec un autre partenaire contractuel. De nombreux paramètres doivent être pris en compte, notamment le genre de contrat, son objet et son but. Un investissement peut justifier une durée plus importante. Il faut aussi que la prestation puisse être adaptée aux standards techniques actuels. Une durée de cinq ans paraît constituer la limite en l'absence d'investissement ; dans le cas contraire, une durée de dix à douze ans est encore acceptable¹²⁵³.

III. Éléments faisant, dans le doute, admettre le caractère abusif (§ 307 al. 2 BGB)

I Généralités

- 724 Le § 307 al. 2 BGB a la teneur suivante (c'est nous qui traduisons)¹²⁵⁴:

« (2) Un désavantage inapproprié doit être admis dans le doute lorsqu'une disposition

¹²⁴⁹ BGH, in : NJW 2000, p. 651, 652.

¹²⁵⁰ BGH, WRP 2004, 1378, 1384 ; BGH, in : NJW 2000, p. 515, 516.

¹²⁵¹ BGH, in : WM 2003, p. 448, 449 s.

¹²⁵² BGH, in : NJW 2005, p. 3420, 3421.

¹²⁵³ FUCHS, § 307 BGB, n° 187 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁵⁴ Dans la version originale : « Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist».

1. est incompatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elle déroge ou
2. restreint à tel point les droits ou obligations résultant de la nature du contrat qu'elle met en danger le but de celui-ci».

- 725 L'alinéa 2 du § 307 BGB doit permettre de concrétiser la notion de « *unangemessene Benachteiligung* » de l'alinéa 1. Le chiffre 1 érige en modèle le droit dispositif et le chiffre 2 souligne l'importance de la nature et du but du contrat. Par ces précisions, le législateur a codifié des catégories (*Fallgruppen*) créées par la jurisprudence.
- 726 Les rapports entre l'alinéa 1 et l'al. 2 sont discutés. Pour la doctrine majoritaire¹²⁵⁵, à laquelle la jurisprudence semble se rallier¹²⁵⁶, si une clause est incompatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elle déroge (al. 2, ch. 1) ou restreint à tel point les droits ou obligations qui résultent de la nature du contrat qu'elle met en danger le but de celui-ci (al. 2, ch. 2), elle crée, *en principe*, un désavantage inapproprié au sens de l'al. 1 ; il se peut toutefois que certaines particularités – dont les circonstances du cas d'espèce dans les contrats de consommation (§ 310 al. 3, ch. 3 BGB) – justifient de s'écarter de cette appréciation. Selon certains auteurs, en revanche, l'alinéa 2 est seul pertinent – à l'exclusion de l'alinéa 1 – s'agissant des cas qui entrent dans son champ d'application, pour juger de l'admissibilité d'une clause¹²⁵⁷.
- 727 Les ch. 1 et 2 de l'alinéa 2 ne s'excluent pas mutuellement ; ils se chevauchent et se complètent partiellement. La doctrine majoritaire considère que le ch. 1 a la priorité sur le ch. 2¹²⁵⁸.

¹²⁵⁵ FUCHS, § 307 BGB, n° 194, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; Voir les réf. citées par STOFFELS, AGB-Recht, n° 499.

¹²⁵⁶ BGH, in : NJW 2003, p. 1447.

¹²⁵⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 500, et la réf. citée.

¹²⁵⁸ FUCHS, § 307 BGB, n° 197, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 501.

2 *Clause incompatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elle déroge (ch. 1)*

2.1 **Réglementation légale**

728 Les auteurs s'accordent pour affirmer que seul le droit dispositif est visé¹²⁵⁹. Pour la doctrine majoritaire, la notion est très large ; elle comprend aussi bien les lois au sens matériel et formel, que les principes non écrits, les règles de droit prétorien et les règles de l'interprétation complétive. STOFFELS se montre pour sa part plus nuancé¹²⁶⁰. Pour lui, la jurisprudence, en ce qu'elle n'a pas d'effets contraignants pour un nombre indéterminé de personnes, ne doit pas être prise en compte ; de plus, les principes généraux ne peuvent être pertinents que s'ils sont suffisamment précis (ceux découlant du principe de la bonne foi ne satisfaisant pas à cette condition) et ont une structure permettant une subsumption.

2.2 **Principes fondamentaux**

729 Il est délicat de déterminer quels sont les principes devant être qualifiés de fondamentaux au sens de la disposition étudiée ici. Une acception trop étroite de cette notion aurait pour effet de minimiser la portée du critère en question, le rendant inopérant ; à l'inverse, une conception trop large restreindrait indûment la liberté contractuelle de l'utilisateur des CGA, l'empêchant de déroger au droit dispositif.

730 La jurisprudence¹²⁶¹ oppose les normes dispositives qui n'ont qu'une fonction pratique – trancher une question non appréhendée contractuellement – à celles empreintes d'équité et estime que seules ces dernières constituent des principes fondamentaux. La doctrine juge ce critère difficilement applicable et suggère de considérer comme principes fondamentaux toute norme de droit dispositif servant les intérêts légitimes du partenaire contractuel¹²⁶².

¹²⁵⁹ Puisque une disposition contractuelle dérogeant à une norme impérative est inefficace déjà pour ce seul motif (STOFFELS, AGB-Recht, n° 507). FUCHS nuance quelque peu cette affirmation : pour lui, il n'est pas exclu qu'une règle impérative non applicable au cas d'espèce puisse avoir valeur de modèle et doit être prise en compte à ce titre (§ 307 BGB, n° 209, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN).

¹²⁶⁰ N^{os} 509 ss.

¹²⁶¹ BHG, in : NJW 1999, p. 635, 636 ; BGH, in : NJW 1997, p. 1700 ; BGH, in : NJW-RR 1996, p. 1009 ; BGH, in : NJW 1992, p. 1761, BGH, in : NJW 1991, p. 1886, 1887 ; BGH, in : NJW 1991, p. 1953, 1954.

¹²⁶² FUCHS, § 307 BGB, n° 223, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 504.

2.3 Dérogation incompatible

- 731 Il y a dérogation quand le contenu de la clause diverge de la solution retenue par la norme de droit dispositif qui serait applicable en l'absence de ladite clause. La notion est donc large et elle englobe les cas dans lesquels le contrat rend applicable à un type de contrat des dispositions concernant un autre type de contrat¹²⁶³.
- 732 Déterminer l'incompatibilité de la dérogation suppose une comparaison. Doit être considérée d'une part la répartition des droits et obligations telle qu'elle est prévue par les principes fondamentaux de la réglementation légale en cause. A cela il faut opposer la répartition des droits et obligations instituée par le contrat. Plus la seconde s'éloigne de la première, plus il faut être enclin à admettre une incompatibilité : une dérogation mineure, qui laisse subsister, dans son principe, l'équilibre voulu par la réglementation contractuelle, ne joue aucun rôle, alors qu'une solution contractuelle qui s'opposerait diamétralement à celle consacrée par le droit dispositif est incompatible avec cette dernière¹²⁶⁴. D'autre part, plus le sentiment d'équité qui se dégage de la norme à laquelle il est dérogé est grand, plus l'intérêt de l'utilisateur des CGA au maintien de la clause en question devra être important¹²⁶⁵.

2.4 Exemples jurisprudentiels

- 733 Le BGH a affirmé qu'est contraire à la répartition des risques inhérente à un contrat de vente une clause qui permet à l'acheteur de résoudre le contrat sans conditions particulières, notamment sans qu'un défaut ait été constaté¹²⁶⁶.
- 734 De même, constitue un déséquilibre inapproprié la clause d'un contrat de courtage qui prévoit une rémunération indépendante de tout résultat¹²⁶⁷.
- 735 Est incompatible avec les principes généraux du droit de la responsabilité civile – et avec ceux, spéciaux, institués par le droit du bail – la clause qui fonde à l'encontre du locataire une responsabilité sans faute¹²⁶⁸.

¹²⁶³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 516.

¹²⁶⁴ FUCHS, n° 229, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁶⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 518.

¹²⁶⁶ BGH, in : NJW 1997, p. 2043.

¹²⁶⁷ BGH, in : NJW 1984, p. 360 ; BGH, in : NJW 1987, p. 1634, 1635.

¹²⁶⁸ BGH, in : NJW 2001, p. 3480, 3482.

3 *Clauses restreignant à tel point les droits ou obligations résultant de la nature du contrat qu'elles mettent en danger le but de celui-ci (§ 307 al. 2, ch. 2 BGB)*

3.1 Généralités

736 Lorsque le contrat ne correspond pas à un modèle légal, il est par définition impossible de déterminer si les clauses des CGA sont incompatibles avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elles dérogent. Dans ce cas, la doctrine, interprétant le § 307 al. 2, ch. 2 BGB, estime que ce sont les attentes typiques du client qui doivent servir de critère normatif dont l'utilisateur des CGA ne saurait s'écarter exagérément. Dès lors, c'est à ces attentes que sera comparé le contenu de la clause à examiner. L'idée est que l'utilisateur des CGA ne doit pas pouvoir, au moyen de ces dernières, se soustraire aux obligations qui sont inhérentes à la nature du contrat conclu ; il ne doit pas pouvoir « reprendre d'une main ce qu'il a donné de l'autre ». Il s'agit dès lors d'une application du principe de l'interdiction de *venire contra factum proprium*¹²⁶⁹.

3.2 Droits et obligations résultant de la nature du contrat

737 Puisque le critère déterminant est celui des attentes typiques du client, il convient de retenir le point de vue de ce dernier¹²⁷⁰. Sont pertinentes les attentes d'un client moyen, ce qui n'empêche pas d'établir différentes catégories de clients si cela se justifie ; en revanche, la conception d'un client déterminé importe peu¹²⁷¹.

738 Doit être pris en compte l'ensemble des valeurs véhiculées par l'ordre juridique¹²⁷². La jurisprudence joue un rôle important puisque c'est elle qui crée les règles applicables aux contrats que la loi n'appréhende pas¹²⁷³. En outre, il faut procéder à une analyse qui se fondera sur le but du contrat, en tenant compte notamment de son caractère durable ou instantané, de la présence ou non d'éléments personnels, d'éventuels risques typiques qui le caractérisent, de l'assurabilité du risque, des intérêts de rationalisation de

¹²⁶⁹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 523 ss ; en ce sens également FUCHS, § 307 BGB, n° 241 ss, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁷⁰ FUCHS, § 307 BGB, n° 245, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁷¹ FUCHS, § 307 BGB, n° 247, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 532.

¹²⁷² STOFFELS, AGB-Recht, n° 541.

¹²⁷³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 540.

l'utilisateur des CGA¹²⁷⁴. Que la clause corresponde ou non à un usage n'a qu'une valeur d'indice¹²⁷⁵.

- 739 Sont avant tout visées les clauses concernant les droits et obligations essentiels du contrat (« *Kardinalpflichten* »)¹²⁷⁶, mais d'autres clauses peuvent aussi tomber sous le coup de cette disposition, pour autant qu'elles aient un lien étroit avec la prestation principale, par exemple parce qu'elles constituent une condition ou un complément nécessaire de la réalisation de cette dernière ou que, de manière générale, elles rompent l'équilibre contractuel¹²⁷⁷.

3.3 Restriction

- 740 Il y a restriction des droits et obligations résultant de la nature du contrat dès que la situation du cocontractant est péjorée par rapport à celle qui serait la sienne sans la clause en question¹²⁷⁸. Il n'y a pas besoin que les droits du client soient supprimés : il suffit que leur réalisation soit rendue plus difficile¹²⁷⁹.

3.4 Mise en danger du but du contrat

- 741 Le but du contrat doit être compris comme le succès économique ou juridique. Le danger doit avoir une certaine intensité¹²⁸⁰, laquelle varie selon l'intérêt en cause : plus ce dernier est grand et plus une atteinte faible suffit¹²⁸¹. Il est nécessaire, pour juger de la mise en danger du but du contrat, de prendre en compte le contrat dans son ensemble¹²⁸².

¹²⁷⁴ STOFFELS, AGB-Recht, n° 542 ; FUCHS, § 307 BGB, n° 253, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁷⁵ FUCHS, § 307 BGB, n° 250 s., in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁷⁶ FUCHS, § 307 BGB, n° 248, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; KIENINGER, Münch, Komm., § 307 BGB, n° 65.

¹²⁷⁷ FUCHS, § 307 BGB, n° 249 et les réf. citées, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁷⁸ FUCHS, § 307 BGB, n° 259, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 545.

¹²⁷⁹ FUCHS, § 307 BGB, n° 259, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁸⁰ STOFFELS, AGB-Recht, n° 548 ; FUCHS, § 307 BGB, n° 262, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁸¹ FUCHS, § 307 BGB, n° 262, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁸² FUCHS, § 307 BGB, n° 259, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

3.5 Exemples jurisprudentiels

- 742 La majeure partie de la jurisprudence afférente au § 307 al. 2, ch. 2 BGB concerne des clauses de limitation de responsabilité¹²⁸³.
- 743 Ont été jugées inefficaces parce que contraires à cette disposition : l'exclusion de l'obligation du voyageur d'informer ses clients sur les documents nécessaires en cas de voyages à l'étranger, puisqu'il peut en résulter l'impossibilité pour le client de quitter le pays¹²⁸⁴; l'exclusion de l'obligation de remboursement d'un assureur maladie en cas d'application de traitement ou de méthodes de diagnostic qui ne sont pas largement reconnus scientifiquement¹²⁸⁵; la possibilité que se réservait une banque de verser des montants sur un autre compte du destinataire¹²⁸⁶.

§ 5 *Obligation de transparence*

I. Généralités

- 744 L'obligation de transparence (§ 307 al. 1, 2^o phrase BGB) vise à assurer une information adéquate du client. Elle porte tout d'abord sur des éléments propres à influencer sur la décision du client de conclure ou non le contrat. En ce sens, elle contribue au bon fonctionnement du marché puisqu'elle tend à permettre au client de comparer les conditions auxquelles des biens et services lui sont offerts. Ensuite, dans l'hypothèse où le contrat est conclu, la transparence suppose que le client comprenne les droits que le contrat lui confère. En effet, si le client, après avoir lu une clause insérée dans des CGA, ignore les droits qui lui sont reconnus – ou à tout le moins a des doutes quant à l'existence et l'ampleur de ceux-ci – il ne les fera pas valoir et sa situation ne sera au final pas bien différente de celle qui prévaudrait si la clause en question le privait de ces droits. Une partie de la doctrine est d'avis que les exigences doivent être plus élevées pour la première catégorie de clauses que sur la seconde¹²⁸⁷.

¹²⁸³ La casuistique est très vaste et ne saurait être abordée ici. Voir à ce sujet FUCHS, § 307 BGB, n^o 269 ss, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁸⁴ BGH, in : NJW 1985, p. 1165, 1166.

¹²⁸⁵ BGH, in : NJW 1993, p. 2369, 2370.

¹²⁸⁶ BGH, in : NJW 1986, p. 2428, 2429.

¹²⁸⁷ FUCHS, § 307 BGB, n^o 351, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN. Selon cet auteur, le client aura tout loisir, en cas de conflit, de relire au besoin les CGA pour connaître ses droits, alors que la décision de conclure ou non le contrat doit pouvoir être prise après une lecture plus rapide.

745 Les CGA doivent donc être suffisamment claires pour être comprises par le client. A défaut, elles ne satisfont pas à l'obligation de transparence. Est déterminante la compréhension que peut avoir le client moyen qui prend la peine de procéder à une lecture attentive¹²⁸⁸. Selon l'opinion dominante, l'obligation de transparence s'applique également dans les contrats entre professionnels, mais dans une mesure restreinte¹²⁸⁹. Certains auteurs estiment en revanche qu'il ne convient pas de poser des exigences différentes selon que le partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA est un professionnel ou non¹²⁹⁰.

II. Contenu

746 La doctrine distingue trois composantes de l'obligation de transparence.

1 *Clarté et intelligibilité*

747 Cette exigence suppose que les droits et obligations du client soient présentés de la manière la plus claire possible. Cela vaut aussi bien pour chaque clause prise individuellement que pour le contrat dans son ensemble. C'est dire que l'emplacement d'une clause à un endroit inattendu, une structure illogique ou une absence de structure suffit à contrevenir à l'obligation de transparence¹²⁹¹. Car de telles manières de procéder ont généralement pour but de dissimuler des clauses particulièrement défavorables au client. Se heurtent généralement à l'exigence de clarté et d'intelligibilité les clauses accessoires sur le prix et les clauses de renvoi¹²⁹².

2 *Description précise des droits et obligations des parties*

748 Le client doit pouvoir connaître précisément le contenu des droits et obligations résultant du contrat. Cela signifie notamment que l'utilisateur des CGA

¹²⁸⁸ BGH, in: NJW 1999, p. 2279, 2280 ; BGH, in : NJW 1992, p. 179 ; BGH, in : NJW 1990, p. 2383.

¹²⁸⁹ BGH, in : NJW 1999, p. 942, 944 ; FUCHS, § 307 BGB, n° 345, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; SCHMIDT HUBERT, § 307 BGB, n° 46, in : BAMBERGER/ROTH.

¹²⁹⁰ KIENINGER, in : Münch Komm., § 307 BGB, n° 58, pour qui les incertitudes liées à une formulation trop vague ont des conséquences tout aussi importantes pour un professionnel que pour un autre contractant.

¹²⁹¹ FUCHS, § 307 BGB, n° 335, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 565.

¹²⁹² FUCHS, § 307 BGB n° 336 ss, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN. En ce sens aussi STOFFELS, AGB-Recht, n° 566.

ne peut se réserver une marge de manœuvre que si et dans la mesure où cela est justifié. Les clauses permettant des modifications ou des adaptations doivent indiquer à quelles conditions celles-ci sont subordonnées et en quoi elles consistent¹²⁹³. Cela vaut en particulier pour les clauses réservant une hausse de prix.

- 749 Il est toutefois difficile – pour ne pas dire impossible – de prévoir une réglementation contractuelle exhaustive et infaillible. Ainsi, l’obligation de transparence n’est pas violée si les CGA n’appréhendent pas absolument tous les cas de figure possibles; il n’est pas non plus exigé que les clauses soient à ce point claires qu’elles ne laissent place, en aucun cas, à un doute¹²⁹⁴. De plus, nul n’est besoin de préciser ce qui va de soi.

3 *Interdiction de tromper*

- 750 Les clauses des CGA ne doivent pas être à même de tromper ou d’induire en erreur le client quant à sa situation juridique. Sont contraires à l’obligation de transparence les clauses qui décrivent de manière incorrecte la situation juridique du client, le décourageant de faire valoir ses droits¹²⁹⁵.
- 751 En revanche, toute mauvaise compréhension par le client de sa situation juridique n’est pas imputable à l’utilisateur des CGA : pour que tel soit le cas, il faut qu’il y ait véritablement un lien de causalité entre une clause non transparente et la perception erronée du client. On ne saurait en particulier exiger de l’utilisateur des CGA qu’il informe le client du contenu de la loi¹²⁹⁶. Le but n’est en effet pas de donner au client un cours de droit.

III. Limites

- 752 Poussée à l’extrême, l’obligation de transparence aurait des effets pervers. Elle obligerait en effet l’utilisateur des CGA à rédiger les clauses de manière si détaillée que le texte des CGA deviendrait nécessairement très long. Cela dissuaderait le client d’en prendre connaissance, ce qui irait totalement à l’encontre du but de l’obligation de transparence¹²⁹⁷.

¹²⁹³ FUCHS, § 307 BGB, n° 340, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 568.

¹²⁹⁴ FUCHS, § 307 BGB, n° 341, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁹⁵ BGH, in : NJW 2001, p. 292, 296 ; BGH, in : NJW 2000, p. 2103, 2106 ; BGH, in : NJW 1999, p. 1865, 1866 ; BGH, in : NJW 1995, p. 589, 590.

¹²⁹⁶ FUCHS, § 307 BGB n° 329, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 569.

¹²⁹⁷ FUCHS, § 307 BGB n° 349, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

- 753 La complexité de la situation à régler contractuellement pose une autre limite : elle est parfois telle qu'il n'est tout simplement pas possible de rédiger des clauses qui soient faciles à comprendre. Dans de tels cas, on pourra exiger certains efforts de la part du client, lesquels dépendront notamment du genre et de l'importance du contrat¹²⁹⁸.

IV. Sanctions

- 754 La question centrale est celle de savoir si la seule violation de l'obligation de transparence doit conduire à l'inefficacité de la clause. Le BGH a répondu par l'affirmative dans un arrêt de 2005, estimant qu'une violation de l'obligation de transparence constitue un désavantage inapproprié¹²⁹⁹. Toutefois, FUCHS, observant que l'absence de transparence concernait une dissimulation de désavantages importants pour le client, estime que la portée de l'arrêt ne doit pas être surestimée. Ainsi, les clauses non transparentes qui ne sont déterminantes ni pour la conclusion, l'exécution ou la fin du contrat ne seraient pas inefficaces. Le seraient en revanche celles qui empêcheraient le client de faire valoir des droits que le contrat lui reconnaît ou rendraient cette opération plus difficile¹³⁰⁰. STOFFELS va plus loin. Il estime que la sanction d'une absence de transparence doit être en principe l'inefficacité de la clause ; mais si la clause en question touche un élément propre à déterminer le client sur le principe même de la conclusion du contrat, il faut selon lui, donner au client le droit de mettre fin au contrat¹³⁰¹.
- 755 Il devient plus délicat encore de déterminer les conséquences de la non transparence lorsque celle-ci touche une clause ayant pour objet le prix ou sur une prestation principale – ce type de clause étant immunisé contre un contrôle de leur caractère abusif, mais pas contre un contrôle de leur transparence. Le problème est que la sanction du § 306 BGB, soit le remplacement de la clause par la norme de droit dispositif qui appréhende cette situation, est inefficace dans cette hypothèse, puisqu'il n'y a pas alors de norme dispositif. La doctrine estime que la conséquence logique est l'inefficacité de l'ensemble du contrat ; toutefois, cette solution, en ce qu'elle est contraire au but du § 306 BGB, ne doit constituer que *l'ultima ratio* et ne devra être appliquée qu'en l'absence d'éléments permettant de combler la lacune ainsi créée, comme la référence à ce qui est usuel ou approprié¹³⁰².

¹²⁹⁸ FUCHS, § 307 BGB, n° 348, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹²⁹⁹ BGH, in : ZIP 2005, 2109, 2115 s.

¹³⁰⁰ FUCHS, § 307 BGB, n° 366, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁰¹ AGB-Recht, n° 570.

¹³⁰² FUCHS, § 307 BGB, n° 369, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

§ 6 *Prise en compte des circonstances dans les contrats de consommation*

- 756 Le § 310 al. 3, ch. 3 BGB prévoit que, en cas de contrat de consommation, doivent être prises en compte les circonstances de la conclusion du contrat pour déterminer le caractère inapproprié d'une clause. Cette disposition a été introduite pour assurer la conformité du droit allemand – qui jusque là s'en tenait strictement à une appréciation générale et abstraite – aux exigences de la directive.
- 757 La portée de cette norme est discutée en doctrine. Un premier courant est d'avis que la directive accorde une place prépondérante aux circonstances individuelles et que le droit allemand doit se plier à cette conception¹³⁰³. A l'inverse, d'autres pensent que cela ne fait aucun sens de prendre en compte les circonstances individuelles en présence de CGA et que la directive, lorsqu'elle fait mention de ces dernières, ne vise en réalité que les contrats individuels¹³⁰⁴. D'autres auteurs¹³⁰⁵ enfin adoptent une position médiane et considèrent que la prise en compte des circonstances d'espèce ne doit intervenir, s'agissant de l'examen de CGA, que dans une seconde phase, pour corriger s'il y a lieu – aussi bien en faveur qu'en défaveur du consommateur – le résultat obtenu en application des critères généraux et abstraits. Certains représentants de cette dernière catégorie sont mêmes plus restrictifs : ils n'acceptent une influence des circonstances de la conclusion du contrat que lorsque les ignorer conduirait à un résultat choquant¹³⁰⁶.
- 758 Ceux qui admettent que les circonstances concrètes ont une importance rangent généralement celles-ci en trois catégories¹³⁰⁷. Il s'agit tout d'abord de qualités personnelles des parties en cause, telles que les connaissances et l'expérience relatives au genre de contrat en cause. Sont pertinentes ensuite les particularités de la situation contractuelle, comme l'ampleur des explications fournies, la longueur ou l'intensité d'éventuelles négociations ou encore d'éventuelles manœuvres de l'utilisateur des CGA pour surprendre le client. Enfin, au cas où le consommateur poursuit un but particulier et atypique reconnaissable pour l'utilisateur des CGA, cet élément peut devoir être pris en compte.

¹³⁰³ HOMMELHOFF/WIEDENMANN, p. 568 s. ; DAMM, p. 172 s.

¹³⁰⁴ REMIEN, AGB-Gesetz, p. 57.

¹³⁰⁵ FUCHS, § 307 BGB, n° 402, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 480 ; BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 75.

¹³⁰⁶ FUCHS, § 307 BGB, n° 411, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN

¹³⁰⁷ FUCHS, § 307 BGB, n° 407 ss, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 478.

§ 7 *Listes de clauses (§§ 308 s. BGB)*

I. Généralités

- 759 Contrairement au droit communautaire, le droit allemand a choisi de dresser deux listes, aux §§ 308 (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*) et 309 (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*) BGB. Celles-ci ne s'appliquent que dans les contrats de consommation.
- 760 La première fait en principe appel à des notions juridiques indéterminées : délais trop longs ou pas assez déterminés (ch. 1 et 2), juste motif (ch. 3), modification insupportable (*unzumutbar*) pour le client (ch. 4), déclaration de volonté importante (ch. 6), rémunération ou montant (de dépenses) trop élevé (ch. 7). Elle ne concrétise donc la clause générale du § 307 BGB que dans une mesure limitée et laisse un certain pouvoir d'appréciation au juge. La seconde est au contraire d'application mécanique : les clauses prohibées sont décrites de manière très précise et il suffit de les comparer avec la clause examinée¹³⁰⁸ ; le résultat de cette comparaison lie le juge. Pourtant, certaines expressions utilisées sont relativement floues, comme « *wesentlich niedriger* » (ch. 5, let. b)), « *grob fahrlässig* » (ch. 7 let b)), « *unverhältnismässig hoch* » (ch. 8, let. b), dd)).

II. Contenu

- 761 Le § 308 BGB vise en substance les clauses (c'est nous qui traduisons)
- Instituant des délais trop longs ou pas assez déterminés pour l'acceptation ou le refus d'une offre ou l'exécution d'une prestation par l'utilisateur des CGA (ch. 1),
 - Réservant à l'utilisateur des CGA des délais supplémentaires trop longs ou pas assez déterminés (ch. 2),
 - Réservant à l'utilisateur des CGA le droit de se départir du contrat sans justes motifs indiqués dans le contrat (ch. 3),
 - Réservant à l'utilisateur des CGA le droit de modifier la prestation due contractuellement si cela est insupportable pour son partenaire contractuel (ch. 4),
 - Faisant présumer une déclaration de volonté de son partenaire contractuel (ch. 5),
 - Faisant présumer la réception d'une déclaration de volonté importante (ch. 6),

¹³⁰⁸ Toutefois, cette affirmation doit être nuancée puisque cette disposition n'est pas totalement exempte de notions juridiques indéterminées (voir ch. 5b, ch. 8b) cc), ch. 8 b) dd)).

- Imposant à une partie qui se départit du contrat ou le résilie une rémunération ou un montant (de dépenses) trop élevé (ch. 7),
- Permettant à l'utilisateur des CGA de résoudre, sauf exceptions, le contrat en cas d'indisponibilité du service convenu (ch. 8).

762 Pour sa part, le § 309 BGB concerne en substance les clauses

- Prévoyant que le prix peut être revu à la hausse alors que la prestation doit être exécutée ou la chose livrée dans les quatre mois à compter de la conclusion du contrat (ch. 1),
- Excluant ou restreignant le droit du partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA d'invoquer l'exception d'inexécution prévue par la loi ou excluant ou restreignant le droit de rétention de ce dernier (ch. 2),
- Prévoyant que le partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA ne peut pas faire valoir le droit de compenser au moyen d'une créance non contestée ou constatée avec effet obligatoire (« *rechtskräftig festgestellt* ») (ch. 3),
- Permettant à l'utilisateur des CGA de se dispenser de mettre en demeure son partenaire contractuel et de lui fixer des délais (ch. 4),
- Instituant (dans certains cas déterminés) un dommage forfaitaire (ch. 5),
- Instituant (dans certains cas) une peine conventionnelle (ch. 6),
- Excluant la responsabilité de l'utilisateur des CGA en cas d'atteintes à la vie, au corps et à la santé et en cas de faute grave (ch. 7),
- Excluant la responsabilité de l'utilisateur des CGA dans d'autres cas (exclusion du droit de se départir du contrat, défauts) (ch. 8),
- Prévoyant une durée contractuelle excessive (différentes durées étant fixées pour différents cas de figure) (ch. 9),
- Prévoyant le changement de partenaire contractuel en cas de contrats de vente, de services ou d'entreprise, à moins que le tiers ne soit mentionné nommément dans le contrat ou que le partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA ait la possibilité, cas échéant, de se départir du contrat (ch. 10),
- Instituant une responsabilité du représentant de l'utilisateur des CGA à la place de la sienne propre (ch. 11),
- Modifiant, au détriment du partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA, les règles sur le fardeau de la preuve (ch. 12),

- Obligeant le partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA à faire des déclarations de volonté destinées à ce dernier en respectant une forme plus stricte que la forme écrite ou prévoyant des exigences particulières quant à la réception (ch. 13).

III. Rapports avec la clause générale

- 763 Si une clause est interdite par les §§ 308 et 309 BGB, elle est abusive et l'examen s'arrête là ; il n'est pas question de la soumettre à la clause générale du § 307 BGB pour confirmer ou infirmer le résultat ainsi obtenu.
- 764 Si une clause est similaire à une de celles figurant dans les listes, mais ne remplit pas toutes les conditions posées par celle-ci, il faut encore l'examiner à l'aune de la clause générale du § 307 BGB. A cet égard, il convient de se montrer prudent. Certaines clauses figurant dans les listes permettent une interprétation par analogie, d'autres une interprétation *a contrario* et d'autres enfin sont neutres¹³⁰⁹, la difficulté étant parfois de déterminer à quelle catégorie chaque clause appartient.

Chapitre 9 : Sort des clauses abusives ou non intégrées (§ 306 BGB)

§ 1 Généralités

- 765 La matière est régie par le § 306 BGB. Si les CGA sont, pour tout ou partie, non incorporées ou inefficaces, le contrat reste valable pour le surplus (al. 1). Dans la mesure où des dispositions ne font pas partie intégrante du contrat ou sont inefficaces, le contenu du contrat se détermine selon les dispositions légales (al. 2). Enfin, le contrat est inefficace lorsque son maintien, en dépit des modifications prévues à l'alinéa 2, serait d'une dureté intolérable pour l'une des parties (al. 3). Le § 306 BGB s'applique également lorsqu'une clause préformulée est nulle parce que contraire à une autre disposition légale que les §§ 305 ss BGB¹³¹⁰.

¹³⁰⁹ Voir les exemples fournis par STOFFELS, AGB-Recht, n° 572.

¹³¹⁰ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 9, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN. Il peut s'agir par exemple de clauses inefficaces parce que contraires aux §§ 125, 143 BGB ou encore parce qu'elles ont été attaquées pour erreur essentielle (BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 7).

§ 2 *Validité du reste du contrat*

766 Le principe de la validité du contrat, en dépit de l'inefficacité d'une ou plusieurs de ses clauses, déroge au § 139 BGB, lequel prévoit que l'inefficacité d'une clause entraîne celle de l'ensemble du contrat. Cette disposition spéciale vise à protéger le client pour qui, en règle générale, le contrat (dépourvu de ses clauses abusives ou non incorporées) présente une certaine utilité. De plus, quand le contrat a déjà été pour tout ou partie exécuté, la répétition des prestations est en général problématique et parfois inadaptée. Le principe du maintien du contrat s'applique indépendamment de la volonté des parties ou, plutôt, il est censé représenter la volonté hypothétique des parties. De l'avis général, il ne saurait être modifié au moyen d'une clause préformulée¹³¹¹. En revanche, pour certains, les parties peuvent, par un accord individuel, convenir que l'inefficacité de telle ou telle clause préformulée entraîne celle de l'ensemble du contrat¹³¹². Le § 306 al. 1 BGB s'applique, s'agissant de l'intégration, non seulement lorsqu'une clause est surprenante, mais aussi quand l'ensemble des CGA n'a pas été incorporé, parce que les exigences du § 305 al. 2 BGB n'ont pas été satisfaites¹³¹³.

767 La validité du reste du contrat suppose que les clauses inefficaces soient séparables du reste du contrat et que la partie restante ait un sens. Cette dernière affirmation signifie que les *essentialia negotii* doivent demeurer, ceux-ci ne pouvant pas être déterminés par interprétation complétive¹³¹⁴. Il est rare que cette condition pose problème. Car les CGA ne contiennent en principe que des points secondaires ; de plus, les clauses préformulées concernant l'objet principal du contrat ne peuvent pas être remises en question par les §§ 305 ss BGB¹³¹⁵. Une partie de la doctrine va plus loin, estimant que l'inefficacité de clauses décrivant les prestations principales ou de clauses sur le prix ne saurait faire obstacle à la validité du reste du contrat¹³¹⁶.

¹³¹¹ SCHMIDT HUBERT, § 306 BGB, n° 8, in : BAMBERGER/ROTH ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 585. Cela résulte aussi bien de la teneur du § 306 al. 3 BGB, qui ne prévoit l'invalidité du contrat que dans des cas bien particuliers, que du but protecteur du § 306 al. 1 BGB (BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 9).

¹³¹² SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 23, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 9.

¹³¹³ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 7.

¹³¹⁴ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 10, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³¹⁵ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 10, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³¹⁶ SCHMIDT HUBERT, § 306 BGB, n° 5, in : BAMBERGER/ROTH.

§ 3 *Contenu du reste du contrat*

I. **Suppression pure et simple d'une ou plusieurs clauses**

768 Peuvent être supprimées sans être remplacées les clauses considérées comme des « *Fremdkörper der Integration in das Regelungssystem des betreffenden Vertragstyps* »¹³¹⁷, puisque leur suppression ne crée pas de lacune. Savoir si la nullité d'une clause crée ou non une lacune est une question d'appréciation qui doit se résoudre eu égard au but des dispositions contractuelles et aux intérêts de clients typiquement impliqués dans le genre de contrat en cause¹³¹⁸. La suppression d'une clause surprenante (§ 305 al. 1 BGB), qui restreint de manière inappropriée la prestation principale promise¹³¹⁹ ou encore celle d'un contrat nommé qui concerne un point que la loi ne règle pas, ne crée, en principe, pas de lacune¹³²⁰.

II. **Interdiction de la nullité partielle**

769 La problématique de la nullité partielle d'une clause (*geltungserhaltende Reduktion*) se pose en les termes suivants : une clause qui ne prête pas le flanc à la critique par sa nature, mais parce qu'elle est excessive « quantitative-ment », peut-elle être maintenue, après avoir été ramenée par le juge à une mesure qui soit (cas échéant, tout juste)¹³²¹ supportable ? Sont particulièrement concernées les clauses fixant forfaitairement un dommage, prévoyant des délais ou durées excessifs ou encore restreignant de manière illimitée la responsabilité de l'utilisateur des CGA¹³²².

770 La jurisprudence constante¹³²³ et la doctrine majoritaire¹³²⁴ refusent de conférer une telle faculté au juge. Car la lettre de la loi ne permettrait en rien de déduire cette possibilité¹³²⁵. Une interprétation téléologique ne permet pas

¹³¹⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 591.

¹³¹⁸ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 10.

¹³¹⁹ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 25, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 11 ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 591.

¹³²⁰ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 11.

¹³²¹ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 14, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³²² STOFFELS, AGB-Recht, n° 592.

¹³²³ BGH, in : NJW 2000, p. 1110, 1113 ; BGH, in : NJW 1998, p. 671, 673 ; BGH, in : NJW 1993, 326, 330 ; BGH, in : NJW 1991, p. 2141, 2142 s. ; BGH, in : NJW 1986, p. 1610, 1612 ; BGH, in : NJW 1983, p. 1322, 1325 ; BGH, in : NJW 1982, p. 2309, 2310.

¹³²⁴ Voir notamment SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 15, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 595.

¹³²⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 593.

non plus la nullité partielle. La correction possible d'une clause pour la maintenir à un niveau tout juste acceptable n'inciterait en effet pas l'utilisateur des CGA à renoncer à des clauses abusives ou non incorporées ; au contraire, celui-ci, n'ayant pas à redouter la suppression pure et simple de la clause, n'aurait rien à perdre à tenter d'user de clauses abusives¹³²⁶ ; cela irait à l'encontre du but de la loi, soit que, de manière générale, les utilisateurs de CGA ne fassent plus usage de clauses abusives ou non incorporées. De plus, une telle correction par le juge irait à l'encontre de l'exigence de transparence : ce n'est qu'à l'issue du procès que le client connaîtrait les droits et obligations que lui confère le contrat¹³²⁷. Enfin, le juge, en modifiant ainsi la convention, imposerait une solution dont aucune des parties n'avait voulu¹³²⁸. Il est toutefois relevé que la limite entre nullité partielle d'une part et le maintien d'une clause séparable et l'interprétation complétive d'autre part, n'est pas toujours aisée à tracer¹³²⁹.

771 BASEDOW approuve pour sa part la nullité partielle. Toutefois, il n'y aurait pas de place pour celle-ci quand l'utilisateur des CGA savait ou devait savoir que la clause était contraire aux §§ 305 ss BGB ; ainsi, on éviterait que les utilisateurs de CGA ne courent aucun risque et donc ne se préoccupent pas de la légalité des clauses qu'ils rédigent¹³³⁰. Moyennant cette réserve, l'argument selon lequel la nullité partielle empêcherait un « assainissement » du marché n'est pas valable. Du reste seul le contrôle abstrait est, selon BASEDOW, en mesure de purger le marché de clauses trop défavorables au client : pénaliser l'utilisateur des CGA en déclarant nulle, purement et simplement une clause, dans un procès individuel, au motif qu'elle dépasse, cas échéant dans une faible mesure, ce qui est acceptable, ne contribue pas à la sauvegarde de l'intérêt général¹³³¹. Enfin, pour cet auteur, doit être retenue non la solution qui serait à la limite de l'acceptable, mais une solution qui soit véritablement appropriée, ce qui correspond bien au but de la loi¹³³².

772 Dans deux cas, la nullité partielle de la clause est admise par les tribunaux et les auteurs, soit lorsqu'une clause est séparable, matériellement ou per-

¹³²⁶ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 14, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 593.

¹³²⁷ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 14, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 593.

¹³²⁸ STOFFELS, AGB-Recht, n° 596.

¹³²⁹ SCHMIDT HUBERT, § 306 BGB, n° 15, in : BAMBERGER/ROTH. S'agissant des clauses séparables et l'interprétation complétive, cf. infra n° 772, respectivement n° 775.

¹³³⁰ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 13.

¹³³¹ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 14.

¹³³² BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 14.

sonnellement. Ainsi, la réunion, en une seule et même clause, de plusieurs règles distinctes quant à leur contenu, n'empêche pas le juge d'éliminer celles jugées inefficaces tout en maintenant les autres¹³³³ ; la nullité partielle est toujours possible quand une partie de la clause peut être retranchée sans que le sens de la partie restante ne soit modifié¹³³⁴. De même, si une clause s'avère non incorporée ou abusive en dépit de son caractère symétrique (« égalité des armes »), rien n'empêche le juge de déclarer celle-ci obligatoire pour le seul utilisateur des CGA, quand bien même elle ne le sera plus pour le client¹³³⁵.

III. Remplacement de la clause par le droit dispositif applicable

- 773 Le § 306 al. 2 BGB prévoit que la clause supprimée doit être remplacée par le droit dispositif applicable. Les dispositions légales dont il est question sont avant tout celles consacrées au type de contrat en question, ainsi que celles du droit des obligations en général, y compris l'interprétation qu'en font les tribunaux¹³³⁶. La notion englobe aussi les principes développés par la jurisprudence¹³³⁷.
- 774 Toutefois, une norme de droit dispositif permettant de combler la lacune créée par la suppression de la clause inefficace fait parfois défaut. Tel sera en particulier le cas de contrats dépourvus de modèle législatif. En outre, la loi elle-même peut être muette sur certains points que l'utilisateur des CGA entendra compléter¹³³⁸. Il se peut aussi qu'existe une norme de droit dispositif, mais que celle-ci ne soit pas apte, dans le cas particulier, à se substituer à la clause écartée¹³³⁹. Il en va ainsi quand, considéré dans son ensemble, le contrat s'éloigne considérablement du modèle légal. Dans ces hypothèses, si la suppression pure et simple de la clause ne constitue pas une solution satisfaisante (eu égard aux intérêts typiques des parties traditionnellement liées par un contrat tel que celui en cause), le juge devra procéder à une interprétation complétive du contrat.

¹³³³ BGH, in : NJW 1989, p. 3215, 3216 ; BGH, in : NJW 1997, p. 3437 ; SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 12 in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 600 ; SCHMIDT HUBERT, § 306 BGB, n° 16, in : BAMBERGER/ROTH.

¹³³⁴ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 18.

¹³³⁵ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 16, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 601.

¹³³⁶ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 28, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 610 ; SCHMIDT HUBERT, § 306 BGB, n° 10, in : BAMBERGER/ROTH.

¹³³⁷ BGH, in : NJW 1996, p. 1092, 1093 ; BGH, in : NJW 1996, 2788.

¹³³⁸ BGH, in : NJW 1983, p. 2632, 2633.

¹³³⁹ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 23.

IV. Interprétation complétive

- 775 Dans les cas qui viennent d'être mentionnés, la jurisprudence admet en principe que le juge puisse compléter le contrat¹³⁴⁰. Il sied alors de rechercher ce qu'auraient convenu, de bonne foi et en pesant leurs intérêts respectifs, les parties si elles avaient eu connaissance de l'inefficacité de la clause préformulée¹³⁴¹. Mais cette affirmation doit être nuancée. Ainsi, parfois, les tribunaux posent des exigences particulièrement élevées¹³⁴². Il arrive aussi qu'ils refusent de compléter le contrat, au motif qu'aucun élément ne permet de déterminer ce qu'auraient décidé les parties¹³⁴³.
- 776 La doctrine majoritaire admet l'interprétation complétive. Car, à défaut, il faudrait souvent déclarer nul tout le contrat, au sens du § 306 al. 3 BGB, ce qui n'est, en règle générale, pas conforme aux intérêts du client¹³⁴⁴. Les griefs formulés à l'encontre de la nullité partielle ne sont pas pertinents en matière d'interprétation complétive. Conceptuellement, cette dernière diffère de la nullité partielle en ce qu'elle est subsidiaire par rapport au droit dispositif¹³⁴⁵. De plus, elle est considérée comme plus transparente puisqu'elle consiste en deux étapes claires à savoir la constatation de l'existence d'une lacune, puis le

¹³⁴⁰ Arrêt de principe : BGH, in : NJW 1984, p. 1180, 1181.

¹³⁴¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 612.

¹³⁴² BGHZ 96, p. 18. Cet arrêt traite de la clause d'exclusion de responsabilité en cas de faute, introduite dans les CGA de l'organisateur d'une formation destinée à apprendre à mieux maîtriser un véhicules dans des situations dangereuses. Le BGH affirme (p. 28 s.) : « Um eine derartige 'gesetzergänzende' Klausel handelt es sich indes im Streitfall nicht. Davon kann gesprochen werden, wenn die betroffenen Interessen in ihrer typischen Verknüpfung Sonderlösungen erheischen, für die die gesetzliche Regelung nicht konzipiert ist. Es kann dahinstehen, für welche Regelungssachverhalte die gesetzlich vorgesehene Haftung für Fahrlässigkeit schlechthin [...] eine unangemessene Interessenlösung in diesem Sinn darstellt und deshalb die besondere Typik der Interessenverknüpfung nach einer anderen, sachrichtigen Haftungsregelung verlangt. Selbst wenn hierfür die bereits für die gesetzliche Regelung bestehenden bzw. von der Rechtsprechung zu ihr entwickelten Haftungsbegrenzungen keine Rolle spielen dürften, würde die Bejahung einer derartigen Sonderlage zumindest besondere Gründe voraussetzen, die die gesetzliche Risikoverteilung für den Verwender und seine Leute selbst bei voller Berücksichtigung der Interessen seines Vertragspartners in der Typik der betroffenen Fälle unangemessen erscheinen liessen. Für eine solche zu einer Einschränkung der Haftung des Veranstalters und seiner Beauftragten zwingenden Sonderlage ist im Streitfall nichts ersichtlich [...] ».

¹³⁴³ BGH, in : NJW 1989, p. 3010 ; BGH, in : NJW 1985, p. 623 ; BGH, in : NJW 1982, p. 2309.

¹³⁴⁴ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 34a, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁴⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 596.

comblement de celle-ci¹³⁴⁶. Au demeurant, cette dernière opération est relativement bonne en matière de sécurité du droit puisqu'il existe une riche casuistique en la matière¹³⁴⁷. L'objectif visé est également différent. En effet, la nullité partielle recherche un résultat tout juste admissible, alors que l'interprétation complétive a pour but une solution tenant véritablement compte des intérêts réciproques des parties¹³⁴⁸ ; dans cette dernière hypothèse, le but du droit des CGA est atteint, puisque se réalise une solution équilibrée pour les parties¹³⁴⁹.

- 777 Une partie des auteurs se montre pourtant plus nuancée. Ainsi, pour certains, il n'y a pas de place pour cette méthode lorsqu'on pourrait imaginer plusieurs possibilités sur lesquelles les parties se seraient mises d'accord¹³⁵⁰. Pour d'autres, la connaissance, par l'utilisateur des CGA, de l'inefficacité de la clause ou le caractère prévisible, pour ce dernier, de l'inefficacité, serait rédhibitoire¹³⁵¹. En outre, d'aucuns exigent que le non complètement du contrat soit la cause d'un important déséquilibre contractuel¹³⁵².

§ 4 *Clauses salvatoires*

- 778 Les clauses salvatoires sont celles par lesquelles l'utilisateur des CGA prévoit les conséquences de la nullité d'une clause. On peut les ranger en deux catégories: d'une part celles instituant une réglementation qui, d'un point de vue de son résultat économique, est le plus proche possible de celle à remplacer et d'autre part celles précisant que la clause préformulée n'est valable que dans la mesure où la loi l'autorise (notamment dans les clauses de restriction ou d'exclusion de responsabilité ou de garantie). Elles restreignent l'application du § 306 al. 2 BGB et constituent une sorte de nullité partielle de la clause¹³⁵³. Elles ne sont pas valables¹³⁵⁴, que l'on considère que le § 306 al.

¹³⁴⁶ STOFFELS, AGB-Recht, n° 596.

¹³⁴⁷ STOFFELS, AGB-Recht, n° 596.

¹³⁴⁸ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 36, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 27.

¹³⁴⁹ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 34a, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁵⁰ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 28. Contra : SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 38, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; SCHMIDT HUBERT, § 306 BGB, n° 13, in : BAMBERGER/ROTH.

¹³⁵¹ ULMER, Teilunwirksamkeit, p. 2031, BUNTE, Ergänzende Vertragslegung, p. 1147. Pour STOFFELS, il n'y a pas de place pour l'interprétation complétive lorsque l'utilisateur des CGA est de mauvaise foi, soit lorsqu'il sait que certaines de ses clauses sont inefficaces (AGB-Recht, n° 615).

¹³⁵² STOFFELS, AGB-Recht, n° 615.

¹³⁵³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 625.

2 BGB est impératif ou que la clause est contraire au § 307 BGB¹³⁵⁵. Pour certains auteurs, il est possible de convenir, par un accord individuel, des clauses salvatoires, pourvu que celles-ci se réfèrent à des clauses préformulées déterminées¹³⁵⁶.

§ 5 Nullité de l'ensemble du contrat

- 779 L'ensemble du contrat est nul si son maintien, en dépit des modifications prévues par le § 306 al. 2 BGB, constituerait une dureté intolérable pour l'une des parties (§ 306 al. 3 BGB). Est avant tout visé l'utilisateur des CGA, pour qui la suppression pure et simple d'une ou plusieurs de ses clauses peut avoir des conséquences importantes. Mais le client peut aussi être concerné, en particulier dans les cas où la nullité d'un nombre important de clauses modifie dans une large mesure le contrat¹³⁵⁷. Plus on admet largement l'interprétation complétive, moins on retiendra facilement la nullité de l'ensemble du contrat.
- 780 La dureté que représenterait le maintien du contrat pour une des parties doit être comparée à l'intérêt qu'aurait l'autre partie au maintien du contrat. C'est donc à une véritable pesée d'intérêts qu'il faut procéder¹³⁵⁸. Vu le caractère exceptionnel de la disposition, ce sont les intérêts des parties en cause qui sont déterminants. En d'autres termes, ce n'est ici pas une appréciation généralisée qui prévaut¹³⁵⁹. Le moment déterminant n'est pas la conclusion du contrat, mais celui où le client fait valoir le défaut d'intégration ou le caractère abusif d'une clause¹³⁶⁰.
- 781 Le § 306 al. 3 BGB doit être interprété restrictivement. Un simple désavantage économique telle la prise en charge d'un risque avec lequel l'utilisateur des CGA n'avait pas compté, ne suffit pas. En effet, il ne tient qu'à l'utilisateur des CGA de rédiger des clauses conformes à la loi ; s'il ne le fait pas, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même¹³⁶¹. Le BGH exige « *eine einschneidende*

¹³⁵⁴ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 39 ss, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁵⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 625.

¹³⁵⁶ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 41, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁵⁷ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 41, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 588 ; BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 28 ; SCHMIDT, HUBERT, § 306 BGB, n° 21, in : BAMBERGER/ROTH.

¹³⁵⁸ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 43, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁵⁹ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 43, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; SCHMIDT, HUBERT, § 306 BGB, n° 20, in : BAMBERGER/ROTH.

¹³⁶⁰ BGH, in : NJW 1996, p. 2092, 2094 ; SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 43, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁶¹ BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB n° 31 et les réf. citées.

Störung des Äquivalenzverhältnisses »¹³⁶². Lorsque l'exécution du contrat s'est déroulée de manière harmonieuse pendant un certain temps, il sera difficile à l'une des parties d'affirmer que son maintien lui est intolérable¹³⁶³. Une interprétation conforme au droit communautaire commande de faire preuve d'une réserve encore plus grande lorsque le client est un consommateur. En effet, d'après l'article 6 al. 1 de la Dir. 93/13, le contrat demeure valable s'il peut subsister sans les clauses abusives. La notion est objective et ne comprend pas de pesée d'intérêts¹³⁶⁴.

- 782 Les cas d'application de cette disposition sont relativement rares¹³⁶⁵. Cela s'explique principalement par le fait que le droit dispositif représente en principe une solution équilibrée, et que l'interprétation complétive prend en compte les intérêts des deux parties¹³⁶⁶.
- 783 Un des seuls cas connus est celui d'un contrat de vente d'immeuble, que le vendeur n'aurait pas conclu sans une clause de paiement complémentaire, jugée nulle sans que cela fût prévisible pour cette partie¹³⁶⁷.

§ 6 *Obligation de réparer le dommage*

- 784 La jurisprudence considère que l'utilisation de CGA nulles peut constituer une *culpa in contrahendo* ouvrant la voie à la réparation du dommage subi par le client¹³⁶⁸. En plus d'un lien de causalité, la responsabilité nécessite une faute de l'utilisateur, une négligence étant suffisante¹³⁶⁹. Le dommage subi par le client est constitué par les dépenses effectuées pour combattre la clause nulle et celles faites en pensant la clause valable¹³⁷⁰. On pense notamment aux frais de conseil et aux frais judiciaires du procès conduisant à la suppression des clauses nulles¹³⁷¹. Une faute concomitante du client peut conduire à une

¹³⁶² BGH, in : NJW-RR 1996, p. 1009, 1110.

¹³⁶³ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 48, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN.

¹³⁶⁴ SCHMIDT HARRY, § 306 BGB, n° 57, in : ULMER/BRANDNER/HENSEN ; STOFFELS, AGB-Recht, n° 631 ; BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 5.

¹³⁶⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 631 ; BASEDOW, Münch. Komm., § 306 BGB, n° 31.

¹³⁶⁶ STOFFELS, AGB-Recht, n° 633.

¹³⁶⁷ BGH, in : NJW-RR 2002, p. 1136, 1137.

¹³⁶⁸ BGH, in : NJW 1988, p. 197 198 ; BGH, in : NJW 1987, p. 639, 640 ; BGH, in : NJW 1984, p. 2816, 2817.

¹³⁶⁹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 637.

¹³⁷⁰ STOFFELS, AGB-Recht, n° 638.

¹³⁷¹ STOFFELS, AGB-Recht, n° 638.

réduction de l'indemnité, par exemple si le client savait ou, devait savoir, vu son expérience, que les clauses en question ne sont pas valables¹³⁷².

Chapitre 10 : Synthèse

§ 1 *Champ d'application personnel*

785 La loi allemande accorde relativement peu d'importance à la qualité des parties au contrat. En effet, le client est protégé qu'il soit un consommateur ou non – même si le consommateur bénéficie d'un niveau de protection plus élevé que le professionnel. Fait partie de cette dernière catégorie celui qui exerce une activité commerciale ou professionnelle indépendante, soit accompli, de manière indépendante et pour une certaine durée, des transactions économiques. Les règles sur l'intégration ne s'appliquent que de manière limitée à un tel client ; les listes de clauses des §§ 308 s. BGB ne s'appliquent pas et il convient d'avoir égard, de manière appropriée, aux usages commerciaux. En revanche, lorsque le client est un consommateur – soit toute personne physique qui contracte à des fins étrangères à une activité commerciale ou professionnelle indépendante – la loi pose une présomption en sa faveur, élargit le champ d'application de la loi et permet la prise en compte des circonstances d'espèce. Ce dernier point n'a qu'une importance pratique toute relative.

§ 2 *Champ d'application matériel*

786 Le client n'est protégé que contre des clauses figurant dans des CGA. Cette qualification suppose une préformulation pour un grand nombre de cas, qu'une partie (l'utilisateur) propose à l'autre partie. La forme du texte importe peu. La distinction d'avec des conditions particulières – qui supposent une négociation individuelle – peut s'avérer délicate. Tel est en particulier le cas lorsque l'utilisateur des CGA est prêt à modifier l'une ou l'autre de ses clauses et que le client, bien que conscient de cette possibilité, n'en fait pas usage. Sont exclus du champ d'application matériel de la loi les contrats relevant du droit successoral, du droit de la famille ainsi que du droit des sociétés – plus précisément, ceux relatifs à l'organisation de la société au sens étroit. En outre, il y a lieu, dans l'examen des contrats relatifs au droit du travail, de tenir compte des particularités de ce domaine.

¹³⁷² STOFFELS, AGB-Recht, n° 639.

§ 3 *Intégration*

787 Les règles d'intégration des CGA au contrat sont relativement complètes et figurent expressément dans la loi. Des clauses préformulées ne sont valablement partie intégrante de la convention que si l'utilisateur des CGA 1) a procédé à un renvoi, 2) a donné au client la possibilité de prendre connaissance raisonnablement des CGA et 3) le client a donné son accord. S'y ajoute une quatrième condition, négative celle-là : l'absence de caractère surprenant des clauses. Pour la doctrine, une clause est surprenante si elle est inhabituelle et surprend effectivement le client. Les tribunaux ont tendance à considérer comme surprenantes : 1) les clauses qui instituent ou modifient largement une prestation principale, 2) celles qui modifient dans une large mesure les règles légales applicables au contrat en cause, 3) les clauses accessoires atypiques et 4) les clauses dissimulées.

§ 4 *Priorité des conventions individuelles*

788 La règle de la priorité des conventions individuelles est expressément consacrée par la loi. Sa nature dogmatique fait cependant débat : pour certains il s'agit d'une règle d'interprétation, alors que pour d'autres, c'est une question d'intégration. Son application suppose une clause individuelle (valable) qui diverge d'une clause préformulée. La règle de la priorité des conventions individuelles doit en principe l'emporter sur les clauses de forme écrite.

§ 5 *Interprétation*

789 Les CGA s'interprètent objectivement ; cela revient à dire que l'on prend comme point de repère un contractant typiquement partie à un tel contrat, sans se préoccuper des circonstances d'espèce. Si l'interprétation objective laisse la place à (au moins) deux sens possibles, la clause en question est interprétée en défaveur de l'utilisateur des CGA. Il s'agit alors d'une interprétation dite « *kundenfeindlich* ». L'idée est de rechercher le sens le plus défavorable au client et de se focaliser sur celui-ci pour permettre la suppression de la clause examinée, devenue ainsi abusive ; en revanche si, même interprétée « en défaveur » du client, la clause ne peut pas être considérée comme abusive, est alors retenu le sens le plus favorable à celui-ci.

§ 6 *Contrôle du contenu*

790 Sont exclues du contrôle du contenu les clauses qui reprennent une disposition légale (cette notion étant entendue largement), celles qui décrivent des prestations contractuelles (selon la jurisprudence, il s'agit des clauses dont l'absence entraînerait l'impossibilité de déterminer le contenu du contrat) et les clauses sur le prix (ou, du moins, celles qui concernent immédiatement le prix, à savoir celles qui ont pour objet la somme elle-même, la détermination des facteurs pertinents pour la fixation du prix et la procédure à suivre pour fixer celui-ci). La règle générale du § 307 BGB sanctionne les clauses procurant à l'utilisateur des CGA un désavantage inapproprié. Il y a désavantage inapproprié lorsque l'utilisateur des CGA cherche à imposer de manière abusive ses intérêts, sans prendre en compte ceux du client. L'appréciation est généralisée, en ce sens que sont seuls pertinents les intérêts des clients moyens typiquement parties à un contrat tel que celui en cause. Dans la pesée des intérêts, l'idée de proportionnalité joue un rôle important. L'effet « compensatoire » que peut exercer une clause sur une autre – cette dernière n'étant alors pas considérée comme abusive alors qu'elle le serait si elle était examinée isolément – est admis à deux conditions : il faut un lien matériel entre les clauses considérées et la clause « favorable » doit l'être suffisamment pour atténuer les effets de celle à laquelle on l'oppose. L'utilisateur ne saurait en principe limiter valablement ses obligations en arguant du prix peu élevé payé par le client. L'« argument du prix » est pourtant admis exceptionnellement : l'utilisateur des CGA peut en effet s'en prévaloir 1) pour justifier une clause d'exclusion de responsabilité lorsque le prix correspondant à une responsabilité entière serait dissuasif pour une bonne partie de la population et 2) lorsque le client a, en connaissance de cause, préféré un prix peu élevé assorti d'une limitation de responsabilité à un prix plus conséquent dépourvu d'une telle limitation. Enfin, de manière générale, la question de savoir qui est le mieux à même de maîtriser le risque, respectivement de s'assurer, a son importance pour juger d'un désavantage inapproprié. Le § 307 al. 2 BGB prévoit que sont abusives, dans le doute, les clauses 1) instituant une dérogation incompatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elles dérogent ou 2) restreignant à tel point les droits ou obligations résultant de la nature du contrat qu'elles mettent en danger le but de ce dernier. Les rapports entre les deux alinéas du 307 BGB sont discutés.

§ 7 *Obligation de transparence*

791 L'obligation de transparence vise deux objectifs : placer le client dans une situation qui lui permette de décider en connaissance de cause de conclure ou

non le contrat et, en cas de conclusion, de connaître les droits et obligations que lui confère le contrat. Elle suppose 1) que la clause soit présentée de la manière la plus claire possible, 2) que les droits et obligations des parties soient décrits de la manière la plus précise possible (le but étant d'éviter, dans la mesure du possible, que l'utilisateur des CGA se réserve une marge de manœuvre) et 3) que les CGA ne soient pas à même de tromper le client. Il est admis que, poussée à l'extrême, l'obligation de transparence devient « contre-productive »; de plus, la situation à régler est parfois si complexe qu'il est tout simplement impossible de l'aborder sans avoir recours à une formulation compliquée. Le BGH a admis, dans un arrêt dont la portée est discutée, qu'un défaut de transparence est un motif suffisant pour rendre une clause abusive.

§ 8 *Prise en compte des circonstances*

- 792 Est discutée la règle du § 310 al. 3 ch. 3 BGB, qui impose la prise en compte des circonstances lors de la détermination du caractère abusif d'une clause dans les contrats de consommation. Certains accordent un rôle prépondérant à ce facteur ; d'autres en minimisent très fortement la portée ; enfin, pour une partie de la doctrine, les circonstances d'espèce constituent un « correctif ».

§ 9 *Listes de clauses*

- 793 Le droit allemand comprend deux listes de clauses. La première (« *Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit* », § 308 BGB, forte de huit clauses) se compose de notions juridiques indéterminées, que le juge devra concrétiser. La seconde (« *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit* », § 309 BGB, forte de treize clauses) est d'application mécanique: toute clause préformulée correspondant à une de celles qui y figurent est abusive; toutefois, cette seconde liste comprend parfois des expressions relativement floues. Si une clause est abusive sur la base d'une de ces listes, il n'est pas question de remettre en cause cette qualification sur la base du § 307 BGB.

§ 10 *Sanctions*

- 794 Le fait qu'une ou plusieurs clauses ne sont pas incorporées ou abusives n'empêche pas le reste du contrat de demeurer valable, pour autant que les clauses inefficaces soient séparables du reste du contrat et que celui-ci ait encore un sens. La nullité partielle d'une clause (*geltungserhaltende Reduktion*) n'est en principe pas possible, selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire. Sont invoqués les arguments suivants : 1) un tel procédé, en ce

qu'il ne sanctionnerait pas véritablement l'utilisateur des CGA, n'inciterait pas ce dernier à ne plus utiliser de clauses abusives, 2) l'obligation de transparence ne serait pas satisfaite, puisque les parties ne connaîtraient leurs droits et obligations qu'à la fin du procès et 3) le juge choisirait forcément une solution dont les parties n'avait pas voulu. Pour BASEDOW en revanche, la nullité partielle devrait être exclue uniquement lorsque l'utilisateur des CGA savait ou devait savoir que la clause était contraire aux §§ 305 ss BGB ; selon cet auteur, elle devrait viser non à ramener la clause à la limite de l'acceptable, mais à une solution véritablement équilibrée. Une clause non incorporée devra avant tout être remplacée par du droit dispositif. Lorsque cela n'est pas possible, il faut procéder à une interprétation complétive du contrat ; cette démarche est nécessaire : sans elle, dans bien des cas, le juge n'aurait d'autre choix que de déclarer nul l'ensemble du contrat.

- 795 La nullité de l'ensemble du contrat est prévue par le § 306 al. 3 BGB dans les cas où son maintien présenterait une dureté intolérable pour une des parties. Pour en juger, il s'agit de procéder à une pesée d'intérêts. Toutefois, l'annulation de l'ensemble du contrat est rarement pratiquée par les tribunaux.
- 796 Selon la jurisprudence, c'est sur la *culpa in contrahendo* que devra se fonder le client qui entend obtenir la réparation du dommage qu'il a subi suite à l'utilisation de CGA inefficaces.

PARTIE 6 : APPRECIATION DES SYSTEMES EXAMINES

Chapitre 1 : Généralités

§ 1 Ensemble de règles aux contours relativement flous

- 797 La lutte contre les abus liés à l'utilisation de CGA, si on l'aborde de front – et pas seulement de manière marginale comme le fait le droit suisse – soulève de nombreuses questions, de tous ordres. Il n'est donc pas surprenant que la Dir. 93/13 et les textes qui en découlent aient réglé cette matière par un ensemble de normes formant un système. Celui-ci se compose de règles sur l'intégration – à cet égard, il est révélateur que la jurisprudence ait pallié le vide législatif en France –, la priorité des accords individuels, l'interprétation des clauses et l'obligation de transparence. Mais la clé de voûte de l'édifice est, bien entendu, le contrôle ouvert du contenu, lequel est assuré par une clause générale et une liste. Ces instruments interviennent à des niveaux différents et se complètent.
- 798 Les éléments composant ce système sont perçus parfois très différemment en droit allemand et en droit français. En effet, si les outils qui viennent d'être mentionnés sont imposés par la directive, leur contenu n'a pas de contours bien déterminés. L'exemple le plus frappant est sans doute l'interprétation *in dubio contra stipulatorem*. Ce flou n'est guère étonnant puisqu'il n'y a pas de fondements théoriques indiscutés en matière de lutte contre les clauses préformulées abusives et puisque tout repère historique sur le long terme fait défaut en la matière.
- 799 Ces deux derniers éléments expliquent aussi que les instruments dictés par la directive puissent, au sein même de chaque ordre juridique considéré, donner lieu à de vifs débats. Ils démontrent également que l'on a affaire à un domaine complexe dans lequel aucune solution ne relève de l'évidence et dans lequel l'unanimité est rare.
- 800 Le sujet est si vaste et la « créativité » des utilisateurs de CGA si importante que, quelle que soient les solutions législatives retenues, la jurisprudence sera amenée à les concrétiser largement. Cela est vrai même en droit allemand, bien que la réglementation légale y soit beaucoup plus détaillée qu'elle ne l'est dans la directive ou en droit français. Le rôle important qu'est amenée à jouer la jurisprudence dans ce domaine a deux conséquences. D'une part,

toute législation contre les CGA abusives représente forcément une charge de travail importante pour les tribunaux. D'autre part, elle engendre inévitablement une certaine insécurité juridique, du moins dans une phase initiale, avant que les arrêts rendus dans ce domaine ne constituent un corpus suffisant pour régler de manière satisfaisante les questions les plus importantes.

§ 2 Règles complètes et efficaces

I. Complétude

801 Vu la large portée des concepts employés, les règles instaurées par la directive ne connaissent pas de failles majeures susceptibles d'être exploitées par les utilisateurs de CGA. Ainsi, les règles en matière d'intégration – du moins telles que les prévoit le droit allemand – empêchent l'opposabilité de toute clause dont le client n'aurait pas eu l'occasion de prendre connaissance. La règle de la priorité des accords individuels a elle aussi une portée très large puisque toute convention appartient forcément à l'un des sous-ensembles que sont les clauses individuelles et les clauses préformulées et que les premières l'emportent toujours sur les secondes. En outre, il ne se conçoit guère de clause qui, en cas de doute, ne puisse être interprétée à l'encontre de son auteur. Enfin – et peut-être surtout – la clause générale est si large qu'aucune clause particulière ne saurait y être soustraite. Par conséquent, dans le champ d'application matériel et personnel de la loi, toute clause préformulée est susceptible, par l'application, parfois combinée, de ces instruments, d'être « neutralisée ». Si l'on considère les moyens financiers (et tout ce que cela implique, en particulier le conseil de juristes qualifiés) et le temps dont disposent les utilisateurs de CGA pour rédiger leurs clauses contractuelles, c'est là une qualité non négligeable.

II. Efficacité

802 Le système mis en place par la directive est efficace. En effet, la matière fait l'objet, en France tout comme en Allemagne, de beaucoup de jurisprudence et est abondamment commentée par la doctrine, en Allemagne surtout. Les tribunaux sont donc fréquemment saisis, en dépit de la complexité inhérente à ce sujet, ainsi que des coûts et risques engendrés par un procès. Ils le sont souvent alors même que la valeur litigieuse n'est pas particulièrement élevée. Dans les deux ordres juridiques examinés, la loi a donc inspiré une certaine confiance à la partie faible.

803 Force est de constater que cette confiance est méritée : il est fréquent – il serait illusoire et vain de parler ici en termes statistiques – que des clauses, quel que soit leur objet, soient sanctionnées par les tribunaux. La législation mise en place n'a donc rien d'un tigre de papier. Cela constitue un message fort de prévention à l'égard d'utilisateurs de CGA peu scrupuleux. Il nous semble que c'est là un acquis important à mettre au crédit de la législation en matière de CGA.

Chapitre 2 : Champ d'application personnel

§ 1 Généralités

804 L'étude des droits communautaire, français et allemand révèle d'importantes différences conceptuelles sur ce sujet. Le droit communautaire ne protège que le consommateur, celui-ci étant défini en substance comme la personne physique contractant hors d'une activité professionnelle indépendante. Cette restriction ne relève pas d'un choix. En effet, il faut se souvenir que la Communauté ne dispose pas d'une compétence générale en matière de droit privé ; elle ne pouvait donc faire usage que de la compétence spéciale qui lui a été conférée en matière de protection du consommateur mais pas édicter une législation qui aurait eu une portée plus large.

805 Le droit français des clauses abusives appréhende les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ou un non professionnel. Cette dernière catégorie – à laquelle peut appartenir une personne morale – se caractérise par l'absence de rapport direct entre le contrat qu'elle conclut et son activité. La notion de rapport direct n'est pas clairement explicitée par la jurisprudence. Toujours est-il que la Cour de cassation se montre extrêmement sévère, le seul cas connu dans lequel elle ait nié l'existence d'un rapport direct n'ayant pas été publié au bulletin officiel. Les tribunaux inférieurs se montrent certes un peu plus généreux mais la *ratio decidendi* est souvent difficile à saisir et la jurisprudence est parfois incohérente, pour ne pas dire totalement contradictoire (on pense ici à l'exemple des contrats de télésurveillance).

806 Fondamentalement, la loi allemande ne pose pas de restriction quant à son champ d'application personnel ; sur le principe, chacun peut l'invoquer pour se défendre contre une clause abusive. Toutefois, la loi opère une distinction entre la protection offerte au professionnel et celle dont bénéficie le consommateur. Le premier, que caractérisent l'exercice d'une activité commerciale ou professionnelle indépendante et un lien entre cette dernière et le contrat, ne bénéficie pas des règles particulières du § 305 al. 2 et 3 BGB en matière d'intégration, la liste du § 308 BGB ne lui est pas applicable et les

usages commerciaux doivent être pris en compte de manière appropriée. Le second bénéficie d'une présomption en matière d'initiative de l'intégration (*stellen*) ; il est protégé lorsque les CGA n'ont été conçues que pour une seule utilisation et les circonstances accompagnant la conclusion du contrat doivent être prises en compte.

§ 2 *Critères pertinents*

- 807 Pour établir le champ d'application personnel d'une législation en matière de CGA, il faut en revenir brièvement aux problèmes de base posés par ce type de documents contractuels. Ceux-ci, nous l'avons vu, sont principalement de deux ordres. D'une part, le client n'est pas en mesure de comprendre les clauses préformulées qui lui sont soumises (aspect « cognitif »). Trois facteurs principaux, souvent intimement liés les uns aux autres, sont la cause de ce déficit : (1) les coûts de transaction sont en principe trop élevés par rapport aux risques encourus à signer « en blanc », (2) le temps à disposition est souvent trop restreint et (3) le client n'a pas les moyens intellectuels nécessaires (cette dernière lacune pouvant certes être comblée par les conseils d'un juriste, mais une telle démarche conduirait alors à une augmentation très importante des coûts de transaction, lesquels deviendraient alors d'autant plus disproportionnés). D'autre part, le déséquilibre économique entre les parties permet en principe à l'utilisateur des CGA de refuser toute négociation aux (rares) clients qui auraient franchi ce premier écueil. Ce faisant, la partie forte au contrat ne prend quasiment aucun risque. Car, lorsque le déséquilibre économique est avéré, la perte d'un client n'a que des conséquences insignifiantes pour elle. De plus, il ne vaut souvent pas la peine pour le client potentiel de rechercher un autre partenaire contractuel, puisqu'il se heurtera vraisemblablement à des conditions contractuelles très semblables.
- 808 Dès lors, toutes les personnes qui ne sont pas en mesure de comprendre réellement les CGA qui leur sont soumises *et* toutes celles qui, les ayant comprises, souhaiteraient en négocier un ou plusieurs points mais ne le peuvent pas, devraient être protégées. Tels sont donc les critères que nous qualifions ici de « pertinents » pour déterminer quand une partie est en position de faiblesse dans le rapport contractuel et, par conséquent, doit entrer dans le champ d'application personnel de la loi.
- 809 C'est principalement à l'aune de ces critères qu'il convient d'apprécier les solutions retenues dans les différents ordres juridiques considérés, à savoir 1/ la protection des seuls consommateurs (droit communautaire et, en principe, jurisprudence de la Cour de cassation), 2/ la fiction selon laquelle est en position de faiblesse tout contractant à qui l'on soumet des CGA (droit

allemand) ainsi que 3/ la recherche de critères intermédiaires (droit français tel qu'il ressort de la jurisprudence des tribunaux de fond).

- 810 Il faut toutefois également prendre en compte des considérations liées à la « praticabilité » des différentes solutions possibles.

I. Critères « intermédiaires »

1 Généralités

- 811 Il peut paraître surprenant, d'un point de vue méthodologique, d'examiner cette approche avant les deux autres. Nous commençons par celle-ci parce qu'elle est, à nos yeux, la meilleure en termes de justice immanente. En effet, elle n'exclut pas par principe que d'autres contractants que des consommateurs puissent être assimilés à cette catégorie de contractants. Elle garantit ainsi une certaine souplesse qui permet de rechercher si, dans un cas d'espèce, un contractant est véritablement en état de faiblesse. Sur son principe, elle ne peut donc qu'être saluée.

- 812 Il est du reste intéressant de constater que le TF semble approuver cette option, protégeant les contractants de manière à la fois large et ciblée, lorsqu'il déclare que peut se prévaloir de la règle de l'inhabituel toute partie qui, si elle ne signait pas le contrat qui lui est proposé, ne trouverait pas d'autre partenaire contractuel. La portée de cette dernière affirmation est toutefois difficile à apprécier, vu la quasi-absence de jurisprudence, dans notre pays, en matière de CGA

- 813 Parmi les systèmes examinés, c'est le droit français qui, par le critère du rapport direct, recherche un critère « intermédiaire ». Celui-ci pose des problèmes de plusieurs ordres.

2 Critiques du rapport direct

2.1 Problèmes d'application

- 814 Le critère utilisé actuellement par la Cour de cassation est celui du rapport direct. Force est de constater que celui-ci a donné lieu à une jurisprudence bien peu constante, voire parfois franchement contradictoire et dont il n'est pas possible de dégager des principes directeurs. Ce critère est rejeté par la doctrine majoritaire pour plusieurs raisons.

- 815 Certes, on pourrait songer à définir cette notion de manière rigoureuse. Toutefois, les auteurs qui s'y sont essayés la rendent compliquée, ce que du

reste ils admettent parfois eux-mêmes ; dans ces conditions, des difficultés d'application sont programmées. En outre, combiner ce critère avec d'autres¹³⁷³ ne fait que rendre la situation plus complexe et pourrait être source de contradictions.

- 816 A notre sens, le critère du rapport direct avec l'activité est par nature difficile à mettre en œuvre, parce qu'il ne s'agit pas d'une notion binaire. En effet, tout contractant n'entrant pas dans la définition du consommateur a forcément un but économique, qu'il s'efforce d'atteindre par un comportement rationnel. Tout contrat conclu par une telle personne s'inscrit dès lors plus ou moins dans cette perspective. Ainsi, un employeur qui acquiert du chocolat pour son personnel entend par là faire plaisir à ses employés et espère ainsi que ceux-ci seront plus motivés et donc plus efficaces. Par conséquent, d'une certaine manière, on peut tout à fait affirmer qu'il y a là un rapport direct avec l'activité (quelle que soit la manière dont on définit cette dernière notion), même si on ne peut pas nier que ce rapport est moins direct que lorsqu'un fabricant acquiert de la matière première. En d'autres termes, la condition du caractère direct de tel ou tel contrat est en principe toujours réalisée, à des degrés plus ou moins divers. La question consiste dès lors à se demander où doit être « placée la barre », ce qui pose évidemment bien des difficultés.

2.2 Appréhension partielle de la problématique

- 817 Qui plus est, rien ne démontre que le critère du rapport direct soit à même de tracer judicieusement la limite entre les contractants qui méritent d'être protégés et les autres. Cette critique ne vaut pourtant pas si l'on se range à l'avis de MESTRE. Cet auteur, l'un des rares à approuver le critère du rapport direct, affirme que celui-ci n'exclut que le professionnel « *qui contracte sur un terrain qu'il maîtrise bien, où il dispose d'une réelle force de négociation* »¹³⁷⁴. Cet avis est intéressant, puisqu'il offre une réponse aux problèmes typiques en matière de CGA ; en cela, cette manière d'interpréter le rapport direct est particulièrement appropriée. Toutefois, elle est également défailante en termes de sécurité du droit.
- 818 En effet, déterminer quand un contractant non consommateur est – ou devrait être – en mesure de comprendre telle ou telle clause, ne devrait pas être une tâche insurmontable. Mais ce n'est là qu'une partie du problème. Tout au plus cette connaissance permet-elle à ce professionnel de savoir à quoi il s'engage

¹³⁷³ PAISANT, A la recherche du consommateur, p. 553 ; cf. supra n° 419.

¹³⁷⁴ P. 609.

et, par conséquent, de ne pas être surpris par les conséquences de telle ou telle clause¹³⁷⁵.

- 819 Demeure la question, plus délicate – et, contrairement à ce que laisse entendre MESTRE, totalement indépendante de la précédente – du pouvoir de négociation. C’est ce dernier qui souvent est capital lorsque le client est un professionnel et dont l’absence permet à l’utilisateur des CGA d’amener son partenaire contractuel à accepter des conditions défavorables. Le critère de l’absence de pouvoir de négociation est difficile à mettre en œuvre parce qu’il requiert une analyse *in casu* des rapports de force, lesquels résultent principalement de la taille et de la structure du marché en cause, de la position qu’y occupent les parties et d’éventuelles particularités liées au contrat en cause¹³⁷⁶. Cette analyse est complexe et on peut douter que les tribunaux soient en mesure d’y procéder. Il est vrai qu’une étude de marché s’impose parfois dans des procès relatifs au droit de la concurrence. Mais alors, les sommes litigieuses en jeu sont, en règle générale, autrement plus importantes qu’en matière de clauses abusives. Dans ce dernier domaine, une telle démarche serait souvent tout à fait disproportionnée ; elle engendrerait notamment des frais de justice si élevés qu’il serait très risqué pour la partie faible de s’engager dans une procédure. Elle ralentirait aussi considérablement le cours du procès, ce qui serait également un facteur dissuasif. Enfin, elle générerait un travail considérable pour les avocats, ce qui, évidemment, n’est pas sans conséquences en termes d’honoraires.

3 Absence d’autres critères adéquats

- 820 Vu l’impossibilité de tenir compte du critère déterminant qu’est celui de la capacité à négocier, tout autre critère « intermédiaire » ne serait pas vraiment pertinent, puisqu’il n’appréhenderait que partiellement la problématique.
- 821 De plus, tout critère « intermédiaire » poserait vraisemblablement des problèmes en termes de sécurité du droit. En tous les cas, il nous semble que le critère de la compétence, précédemment utilisé par les tribunaux français, laisserait toujours subsister une zone grise, eu égard à la variété de contrats susceptibles d’être conclus par des personnes actives dans des domaines économiques très divers.

¹³⁷⁵ Sur les réserves quant à l’importance du caractère surprenant d’une clause, cf. infra 885 ss.

¹³⁷⁶ Sur le pouvoir de négociation, cf. infra n° 830 ss.

4 Réserves d'ordre méthodologique

822 Au surplus, l'utilisation d'un critère « intermédiaire », quel qu'il soit, créerait, en quelque sorte, une nouvelle catégorie de normes, qui s'ajouterait à celles du droit civil (au sens traditionnel) et du droit de la consommation. Le recours à de tels régimes hybrides devrait être évité au maximum, pour préserver la cohérence du système et pour ne pas compliquer inutilement celui-ci.

5 Conclusion

823 Bien que séduisante en apparence, la solution consistant à utiliser un critère permettant de protéger, dans tous les cas, la partie véritablement faible au contrat, mais elle seulement, s'avère doublement problématique. D'une part parce qu'il faudrait tenir compte de la capacité de négociation, mais que cette dernière notion est très difficile à cerner et exigerait des démarches disproportionnées en matière de clauses abusives. D'autre part parce que tout critère « intermédiaire » serait mauvais du point de vue de la sécurité du droit. On peut d'ailleurs se demander si ce n'est pas ce dernier aspect qui amène la Cour de cassation à faire une application très restrictive de cette notion.

824 Certes, toute loi en matière de CGA porte atteinte à la sécurité du droit. Cela est vrai singulièrement s'agissant du caractère abusif d'une clause. En d'autres termes, la portée d'arguments relevant de la sécurité du droit devrait être relativisée. Toutefois, ici, et contrairement à ce qui prévaut en matière d'appréciation du caractère abusif, il est possible, en ne protégeant que le consommateur ou, au contraire, tout contractant, d'avoir recours à une fiction, ce qui règle, en bonne partie, les questions de délimitation.

II. Protection des seuls consommateurs

825 La protection des seuls consommateurs, si elle coupe court à bien des problèmes de délimitation, laisse cependant subsister des cas-limites. Mais surtout, elle est trop étroite.

1 Existence de cas-limite

826 Les systèmes protégeant le consommateur instituent une distinction bipartite entre cette catégorie de contractants et les professionnels. Cela suppose donc une définition stricte de ces notions. Or, dans les deux cas, si bon nombre d'hypothèses ne donnent lieu à aucune hésitation, plusieurs cas-limite subsistent.

- 827 Certes, les tribunaux et la doctrine ont proposé des solutions. Ainsi, en cas d'usage mixte, considère-t-on en général que s'applique le critère de la prépondérance. Satisfaisant en théorie, ce point de vue ne va pas sans poser des problèmes pratiques, notamment de preuve. Le sort réservé aux contrats conclus pour débiter ou au contraire mettre fin à une activité professionnelle n'est pas non plus évident et la jurisprudence française en la matière a fait l'objet de critiques doctrinales parfois nourries¹³⁷⁷.
- 828 La qualité de professionnel peut également être discutée, notamment s'agissant des contrats relatifs à une activité accessoire. Ainsi, pour les tribunaux français, le nombre d'appartements donnés à bail par une personne physique exerçant une profession hors du secteur immobilier détermine si celle-ci est un professionnel, alors que le chiffre d'affaire serait, pour certains un facteur plus pertinent. Résoudre la question par une application analogique du principe du rapport direct, comme le propose BAZIN¹³⁷⁸, n'est pas non plus satisfaisant, vu les incertitudes qu'engendre ce critère. Le critère de l'expérience dans tel ou tel domaine, qui est utilisé par la doctrine lorsqu'elle commente la Dir. 93/13¹³⁷⁹, ne semble pas toujours adapté pour trancher la question (il ne le serait en tout cas pas dans l'exemple précité du bailleur).

2 *Manque de pertinence*

2.1 **Quant à la faiblesse « cognitive »**

- 829 Il n'y a pas, de manière générale, de nette différence entre un consommateur et un professionnel s'agissant de l'aspect « cognitif ». Les coûts nécessaires à une analyse approfondie de CGA, en règle générale bien trop élevés pour le consommateur, le sont aussi en principe pour le professionnel¹³⁸⁰, sauf éventuellement pour celui qui conviendrait d'un prix « forfaitaire » pour une période donnée, en matière de conseils juridiques, comme cela se pratique parfois. L'entreprise qui emploierait un juriste pourrait constituer une autre exception, encore que le « bénéfice » à escompter devrait être mis en balance avec le salaire-horaire de cet employé et le temps que devra consacrer celui-ci à cette tâche. Et comme ce n'est précisément qu'au terme de l'analyse que les risques seront connus, ce rapport coût-bénéfice ne peut, par définition, pas être déterminé à l'avance. Et les « petits » professionnels ne recourent en principe pas régulièrement à des conseillers juridiques, pas plus qu'ils n'emploient

¹³⁷⁷ Les problèmes liés à la notion de « rapport direct » incitent CHAZAL à se prononcer en faveur d'une norme protégeant la partie faible, de manière générale, sans se limiter aux consommateurs (A la recherche du consommateur, p. 553).

¹³⁷⁸ P. 300. Cf. supra n° 395.

¹³⁷⁹ Cf. supra n° 226.

¹³⁸⁰ KÖTZ, p. 220.

eux-mêmes un juriste. Quant au temps à disposition, force est de constater qu'il est une denrée de plus en plus rare dans une société où tout va toujours plus vite. Personne n'échappe à cette tendance, que les moyens de communication modernes ne font qu'exacerber et qui d'ailleurs touche plus encore les professionnels – forcément mis sous pression par le maillon suivant de la chaîne économique – que les consommateurs.

2.2 Quant à la faiblesse dans la négociation

830 L'opposition entre professionnel et consommateur n'est pas non plus convaincante s'agissant du pouvoir de négociation. Comme nous l'avons déjà dit, cette notion est difficile à cerner. Cela tient en particulier au fait que la faiblesse dont il s'agit est *relative* : elle dépend donc aussi de l'utilisateur des CGA. Les rapports de force entre deux cocontractants sont dus à des facteurs multiples et c'est dans la règle la combinaison de ceux-ci qui permettra d'affirmer qu'une partie doit être considérée comme faible. Cela explique que le consommateur n'est, en principe, pas en mesure d'imposer une négociation : d'une part, sauf cas particuliers, les contrats qu'il passe avec un partenaire contractuel déterminé ont un caractère tout à fait ponctuel, ne faisant donc pas de lui un client important et d'autre part, tout cocontractant utilisant des CGA est généralement un acteur économique d'une certaine importance. Il se peut toutefois aussi qu'un consommateur conclue un contrat portant sur des biens ou services d'une grande valeur, ce qui peut, suivant à quel professionnel il a affaire, lui conférer une force de négociation relative suffisante.

831 Cette observation vaut, *mutatis mutandis*, pour le professionnel. Ainsi, de manière générale, un professionnel conclura des contrats sur une base régulière, ce qui devrait lui assurer un certain poids dans la négociation. Toutefois, le cumul de commandes régulières peut ne représenter qu'un volume modeste. De plus, potentiellement, tout professionnel peut avoir affaire à « plus fort que lui ». Il n'est pas inconcevable que même une multinationale, s'agissant d'un contrat portant sur des biens ou services très spécifiques, indispensables à son activité et qui ne sont fournis que par un cocontractant en situation de quasi-monopole, apparaisse comme la partie faible¹³⁸¹. Le fait que tel professionnel soit seul à même de livrer tel bien ou service dans des délais très courts peut également amener à considérer son partenaire contractuel, quel qu'il soit, comme faible. Du reste, comme le dés(équilibre) résulte du poids des deux protagonistes, un même professionnel pourra être qualifié parfois de partie forte dans certains contrats et de partie faible dans d'autres.

¹³⁸¹ WELLENHOFER-KLEIN, p. 775 s.

832 Ce qui précède s'oppose également à la conception, retenue par le projet de révision de la LIC, qui, ne prévoyant pas de contrôle du contenu pour le client professionnel, assimile à ce dernier le consommateur qui « *aurait pu négocier librement les conditions, en raison de ses connaissances spécialisées ou de sa fonction* » (art. 20a al. 3 pCO). En effet, une telle vision restreint indûment le champ d'application de la loi. Tel est du moins le cas si, comme nous le pensons, il faut déduire de ce texte que des connaissances spécialisées dans un domaine précis, des connaissances juridiques particulières ou une certaine connaissance de la vie des affaires seraient suffisantes pour exclure tout contrôle du contenu. En d'autres termes, une telle restriction ne serait – conceptuellement – envisageable que si l'utilisateur des CGA devait prouver encore un rapport de causalité entre l'existence de connaissances spécialisées ou une fonction particulière d'une part et la possibilité de négocier d'autre part ; toutefois, on ne sait pas sur quels critères un tel rapport pourrait être établi.

2.3 Quant à l'objectif de politique économique poursuivi

833 Une des raisons de protéger spécifiquement les consommateurs – et pas seulement en matière de CGA – doit être recherchée dans l'importance que ceux-ci représentent d'un point de vue de l'économie politique : une consommation forte stimule la croissance, cette dernière étant évidemment un objectif majeur de toute économie de marché. En ce sens, il est tout à fait légitime de protéger ce groupe de contractants.

834 Toutefois, au vu de ce qui précède, on constate qu'il y a certes une certaine convergence, mais en aucun cas identité, entre consommateur et partie faible. A nos yeux, c'est pourtant cette dernière notion qui devrait être déterminante, puisque le sentiment d'équité devrait l'emporter sur des considérations purement économiques. Cela exclut une protection qui ne se limiterait qu'aux seuls consommateurs.

835 Si toutefois le choix du cercle des personnes à protéger devait n'être dicté que par des motifs d'ordre économique, il faut noter que les PME ne sont, de ce point de vue, pas quantité négligeable et qu'elles sont susceptibles d'être fréquemment victimes de clauses abusives, lesquelles peuvent avoir des conséquences parfois très dures pour ce type d'entreprises ; dans cette optique également, elles devraient donc être protégées. Inclure ces dernières dans le champ d'application de la loi n'est du reste guère incompatible avec le but poursuivi, tant il est vrai que ce genre de contractant ne fait le plus souvent pas usage de CGA lorsqu'il conclut avec un consommateur. En d'autres termes, améliorer la situation des professionnels ne revient pas forcément à péjorer d'autant celle des consommateurs.

836 Enfin, la protection des professionnels peut être, indirectement, favorable aux consommateurs. Car si un professionnel peut se défendre contre une clause abusive, il n'aura pas à répercuter le coût de celle-ci sur le prochain maillon de la chaîne économique et le prix final en sera réduit d'autant¹³⁸².

2.4 Inégalité de traitement et « correctifs »

837 Ce qui précède démontre que l'instauration d'un véritable contrôle du contenu pour le seul consommateur – les autres contractants ne disposant d'aucune protection – crée une inégalité de traitement au détriment de ces derniers.

838 Le risque existe bel et bien que, face à cette situation insatisfaisante, les tribunaux ne décident de protéger par d'autres moyens, dans une certaine mesure du moins, les professionnels. L'exemple du droit français, dans lequel la Cour de cassation s'est servie de la cause pour ce faire, est tout à fait révélateur à cet égard¹³⁸³. Il s'inscrit du reste dans un mouvement plus large qui confère en quelque sorte un rôle de « modèle » au droit de la consommation¹³⁸⁴. Compréhensible sur le principe, cette tendance est pourtant critiquable d'un point de vue méthodologique. En effet, elle revient à utiliser deux voies différentes pour atteindre un seul et même objectif. Cette solution est donc mauvaise en termes de cohérence, qualité pourtant indispensable à tout système juridique et qui l'est encore plus dans un domaine aussi complexe que celui de la lutte contre les clauses abusives.

III. Protection généralisée mais accrue pour le consommateur

1 Avantages d'une protection généralisée

1.1 Absence de problèmes de délimitation

839 En renonçant, comme le fait le droit allemand, à limiter la protection à une catégorie de personnes déterminées, on élimine d'emblée, en grande partie, les problèmes de délimitation que connaît la jurisprudence des tribunaux du fond en France et, dans une moindre mesure, le droit communautaire. Cet avantage est important d'un point de vue pratique. Cela est d'autant plus vrai que la question est susceptible de provoquer un important contentieux, vu l'intérêt évident de tout contractant d'être mis au bénéfice de la loi¹³⁸⁵.

¹³⁸² AMAR, p. 7 ss, cf. supra n° 426.

¹³⁸³ Cass. Commerciale, 22.10.1996, in : JCP 1997 II 22881. Cf. supra n° 387.

¹³⁸⁴ RAMBERG, p. 23.

¹³⁸⁵ Cf. supra n° 400.

1.2 Fiction « réaliste »

840 Et cet avantage pratique n'est pas le seul à mettre au crédit de cette solution. Celle-ci est intrinsèquement bonne puisqu'elle permet, dans une large mesure du moins, de réaliser la protection de la partie effectivement faible. En effet, dans cette optique toute personne passant un contrat avec un utilisateur de CGA est présumée se trouver dans un état de faiblesse. Le raisonnement est simple : celui qui conclut un contrat comprenant des CGA n'est pas suffisamment fort pour imposer une négociation ; il est dès lors, relativement à ce contrat, dans un état de faiblesse que la loi va compenser. Une telle fiction nous semble plus proche de la réalité que celle consistant à admettre que seul le consommateur est en état de faiblesse¹³⁸⁶. En effet, elle se réfère aux rapports existant dans le cadre d'un contrat bien précis – alors que la qualification de consommateur se fait par une approche plus globale – et surtout, elle se fonde sur une prémisse – la faiblesse quant à la force de négociation – qui correspond à l'une des deux causes majeures de l'infériorité du client par rapport à son partenaire contractuel dans un contrat comprenant des CGA.

1.3 Bonne cohésion

841 Protéger tout contractant, c'est aussi assurer une certaine cohésion au sein du droit privé. Car une solution législative aussi manichéenne que celle consistant à protéger efficacement le consommateur, à l'exclusion de tout autre contractant, peut être regardée comme injuste. Dès lors, il n'est pas étonnant que la Cour de cassation ait, dans une certaine mesure, corrigé cette situation, en sanctionnant des clauses défavorables à un professionnel, qu'elle a considérées comme dépourvues de cause (arrêt *Chronopost*).

842 Quant à son résultat, cette évolution jurisprudentielle peut être saluée, puisqu'elle réduit le fossé entre consommateurs et autres contractants. Toutefois, elle conduit à une dichotomie de moyens utilisés qui ne se justifie pas – la problématique de base étant la même quelque soit la nature du cocontractant – et risque fortement de conduire à des incohérences, pour ne pas dire à une certaine confusion.

1.4 Protection justifiée pour les professionnels

843 D'aucuns pourraient être tentés d'affirmer que toute activité professionnelle indépendante se caractérise par un risque économique et que subir, de temps à autre, concrètement les désavantages engendrés par une clause défavorable, fait partie de ce risque ; que, partant, les professionnels ne devraient pas entrer

¹³⁸⁶ Cf. supra n° 827 ss.

dans le champ d'application personnel de la loi. Une telle argumentation tombe à faux. Car on ne saurait exiger la prise d'un tel risque que moyennant l'existence de conditions-cadres garantissant une certaine équité entre (tous les) acteurs de la vie économique ; et une législation efficace contre les clauses préformulées abusives appartient précisément à cet ensemble.

2 Protection accrue pour le consommateur

2.1 Notion de consommateur

844 Le consommateur devrait être défini – à l'instar de ce que prévoit le projet de révision de la LIC (art. 20a P CO) – comme une personne physique contractant dans un but étranger à son activité professionnelle ou commerciale. C'est là une définition classique, qui correspond à celle donnée par l'art. 2 de la Dir. 93/13.

2.2 Justification¹³⁸⁷

845 La solution du droit allemand, qui prévoit une protection supplémentaire du consommateur, nous paraît judicieuse. Certes, ce système « à deux étages » résulte plus de la combinaison entre tradition et exigences du droit communautaire que d'un choix délibéré. Il n'empêche que cette distinction nous semble intéressante pour la raison suivante : si, comme nous l'avons vu, la qualité de consommateur ou de professionnel n'est pas un critère de démarcation pertinent pour déterminer la partie faible au contrat, elle l'est en revanche certainement par rapport au risque de devoir engager une procédure judiciaire.

846 Car un professionnel est appelé à conclure une multitude de contrats, dont certains sont d'une importance absolument vitale pour lui ; dès lors, il sait qu'au cas où l'exécution du contrat s'avère problématique, il n'aura d'autre choix que de réagir vigoureusement, par voie judiciaire s'il le faut. Ainsi, tout professionnel accepte en quelque sorte de s'exposer à des risques de procès. Mener une action en justice est sans doute une démarche qu'il redoute ; néanmoins, c'est une éventualité à laquelle il doit être préparé.

847 La situation d'un consommateur est bien différente, puisque celui-ci ne consent pas à une telle exposition ; il est donc compréhensible qu'il soit plus réservé face à une action en justice. Du reste, le législateur l'a bien compris, qui a, en matière de bail et de travail, mis la partie non professionnelle au

¹³⁸⁷ Se prononcent pour un plus grand degré de protection lorsque le partenaire contractuel de l'utilisateur des CGA est un consommateur : KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 298 ; SCHWENZER, n° 46.08.

bénéfice de règles de procédure particulières, destinées à l'encourager à agir. Par conséquent, il sied de faire en sorte que le consommateur se sente suffisamment sûr de lui pour agir. En l'occurrence, il ne s'agirait pas de normes relatives à la procédure, mais de normes matérielles plus sévères pour l'utilisateur des CGA.

- 848 De plus, même s'il faut se garder ici d'affirmations trop péremptoires, il nous semble que les litiges issus de contrats de consommation ont tendance à ne porter que sur des montants plutôt modestes. On peut donc comprendre que le consommateur se montre réservé quant à l'opportunité d'agir en justice. Cela plaide également pour un renforcement de la position de cette catégorie de contractants.

2.3 Relativisation des problèmes de délimitation

- 849 Instaurer des régimes un peu différents selon que le contractant est un consommateur ou non fait resurgir les questions de qualification qui avaient été écartées par le principe de la protection de tout contractant. Ainsi, il faut établir ce qu'est une activité commerciale ou professionnelle indépendante et dans quels cas un contrat présente un lien avec cette dernière¹³⁸⁸.

- 850 Mais le droit allemand démontre qu'un aménagement judicieux du système permet de relativiser l'importance de l'enjeu de cette distinction, ne péjorant pas trop la situation de celui qui agit en se considérant à tort comme un consommateur. En effet, il autorise un tel contractant à démontrer, sur la base du § 307 BGB, le caractère abusif d'une clause qui correspond à une de celles figurant dans le catalogue du § 308 BGB.

- 851 Enfin, le principe d'une protection « à deux étages » ne devrait pas poser de problèmes aux tribunaux suisses, puisque le TF applique de manière différenciée la règle de l'inhabituel, selon que le client est plus ou moins expérimenté. Cette même distinction semble du reste valable dans l'application de l'art. 8 LCD.

2.4 Contenu des différences

- 852 Cette dernière remarque est l'occasion de souligner qu'instaurer une protection différenciée soulève certains problèmes, dans la mesure où il faut

¹³⁸⁸ A cet égard, le Rapport explicatif au projet de modification de la LIC préconise d'utiliser le critère de la prépondérance et prévoit que, dans le doute, il faut admettre un usage privé (voir supra n° 191).

préciser en quoi consiste la gradation. Les éléments utilisés à cet égard par le droit allemand se discutent.

- 853 Il ne se justifie pas, à nos yeux, de renoncer à toute règle d'intégration lorsque les deux partenaires sont des professionnels. Ce serait instituer une gradation trop nette. Au surplus, celle-ci ne se justifie pas. En effet, selon l'opinion défendue dans ce travail, la seule différence pertinente en matière de CGA, entre un consommateur et un autre contractant, réside dans l'attitude différente qu'on peut attendre de ces deux groupes quant à la perspective de devoir défendre judiciairement leurs droits. Cette problématique n'a rien à voir avec celle de l'intégration. Qui plus est, les CGA sont l'œuvre de son utilisateur exclusivement. Il est donc normal que celui-ci déclare vouloir en faire usage. On ne voit pas pourquoi il appartiendrait au client professionnel de s'enquérir systématiquement de la présence d'un tel document. Enfin, il faut relever que cela ne pose pas plus de difficultés à l'utilisateur de CGA de respecter les règles d'intégration lorsque son partenaire contractuel n'est pas un consommateur que lorsqu'il l'est.
- 854 L'obligation, faite au juge, de prendre en compte, de manière appropriée, les usages commerciaux, ne devrait pas figurer dans la loi. Car ce serait accorder trop d'importance à cet élément, qui naturellement, ne saurait être ignoré, en vertu de son inscription à l'art. 4 CC.
- 855 Quant aux spécificités qui s'appliquent au consommateur uniquement (présomption que c'est l'utilisateur des CGA qui en a suggéré l'emploi, applicabilité de la loi même si les CGA ne sont pas destinées à plusieurs usages, prise en compte des circonstances), vu leur importance pratique quasi-nulle¹³⁸⁹, il nous semble qu'on devrait pouvoir y renoncer.
- 856 Cela revient à dire que la seule différence entre consommateurs et autres contractants devrait résider dans l'application à ceux-là seulement de la liste.

Chapitre 3 : Contrôle du contenu

§ 1 Sécurité du droit satisfaisante

I. Généralités

- 857 Tout contrôle du contenu a, par définition, un impact négatif en termes de sécurité du droit. Cette dernière exigence sera donc forcément mise à mal si

¹³⁸⁹ Cf. supra n° 573.

l'on décide de protéger véritablement la partie faible au contrat. En d'autres termes, de deux maux que sont une certaine insécurité juridique et une situation dans laquelle prévaut la raison du plus fort, il faut choisir le moindre.

- 858 Il n'en demeure pas moins que la question de la sécurité du droit revêt une importance toute particulière en matière de contrôle ouvert du contenu de clauses contractuelles. En effet, l'utilisateur de CGA fait en principe un usage très large de ses conditions contractuelles. Il s'expose donc à un nombre extrêmement élevé de litiges potentiels au cas où ses clauses peuvent être remises en question. Le dommage en résultant peut être considérable. Qui plus est – ces questions sont liées – de trop grandes incertitudes l'empêcheraient de calculer correctement ses coûts et rendraient les risques difficiles à assurer. Pour le client, une certaine prévisibilité est tout aussi décisive. A défaut, une action en justice s'apparenterait peu ou prou à un jeu de hasard, au demeurant bien peu motivant lorsque la valeur litigieuse est faible. En d'autres termes, les seuls procès menés dans cette matière seraient l'œuvre de clients aventureux, querulents ou jusqu'au-boutistes.
- 859 La difficulté, en matière de CGA, est due au fait que la notion de clause abusive est tout à la fois très large et difficile à cerner. Elle n'est en effet pas liée à des motifs précis comme il en va des vices du consentement ou de la lésion (au sens où le droit suisse envisage cette institution) par exemple.
- 860 Au surplus, ces motifs n'ont pas, à notre sens, été expliqués clairement d'un point de vue théorique. Ainsi, une clause est-elle abusive parce qu'elle a été « imposée », et, le cas échéant, que faut-il entendre par là ? L'est-elle parce qu'elle n'a pas été lue ou pas été comprise ? Ou alors seulement en raison de circonstances particulières qui font qu'elle ne l'a pas été ? Une clause est-elle, au contraire, abusive simplement parce qu'elle contredit le sentiment d'équité ? Faut-il admettre que ces explications sont complémentaires et renferment toutes une part de vérité ? Tel est sans doute le cas mais cela ne facilite évidemment pas la recherche des remèdes idoines à un mal dont les causes sont alors multiples.
- 861 Dans ces conditions, on pourrait s'attendre à des résultats bien peu cohérents. Pourtant, l'examen des jurisprudences française et allemande nous semble révéler des tendances relativement nettes ; ainsi, les résultats obtenus ne sont pas aussi aléatoires qu'on aurait pu le craindre. Ces tendances n'ont rien d'absolu il est vrai. Mais il faut souligner qu'il existe sans doute bien peu de domaines du droit dans lesquels la prévisibilité confine à la certitude. Cette remarque, combinée avec l'indéniable complexité inhérente au domaine considéré ici, devrait inciter à une certaine relativisation des objectifs en la matière et donc à ne pas « placer la barre trop haut ».

II. Droit français

862 En principe, en droit français, les clauses permettant une modification unilatérale du contrat sont condamnées. Il en va de même de celles qui entendent transformer l'obligation de résultat du professionnel en obligation de moyen, de celles qui limitent la responsabilité du professionnel uniquement en cas de force majeure mais étendent cette notion à d'autres cas que ceux visés par la jurisprudence. Sont aussi considérées comme abusives les clauses qui laissent à penser au consommateur que, dans un cas donné, il ne pourra faire usage que d'une des possibilités prévues par la loi, tout comme celles empêchant le consommateur de faire valoir l'exception d'inexécution ou celles mettant à charge du consommateur un service qui n'est pas fourni. On peut aussi affirmer que les tribunaux français n'admettent pas que des frais ou un dommage soit mis à la charge du consommateur qui n'a pas commis de faute. Enfin, on peut relever que n'est pas admise la possibilité d'imposer des frais lorsque le consommateur résilie le contrat pour de justes motifs ni celle pour le professionnel de résilier le contrat sans préavis (sous réserve de justes motifs). Ces règles, bien établies par la jurisprudence, sont tout à la fois susceptibles de subsumption (et donc sont bonnes en termes de prévisibilité du droit) et relativement larges, en ce sens qu'elles permettent d'appréhender un spectre important de clauses.

863 D'autres jugements sont intéressants, même si leur caractère isolé n'autorise pas *a priori* une généralisation qui serait toutefois possible et profitable en termes de sécurité du droit. Ainsi, lorsque le tribunal de grande instance de Grenoble déclare abusive la clause d'un contrat de location d'automobile qui fixe la valeur du véhicule volé à sa valeur d'achat, parce que cela revient à mettre à la charge du locataire un montant potentiellement supérieur au préjudice du bailleur, on ne peut s'empêcher de penser que c'est le principe de non enrichissement du lésé qui est sous-jacent. La sanction de la clause instituant le caractère *intuitu personae* d'un contrat de vente d'automobile, nous laisse à penser que les caractéristiques fondamentales propres à chaque type de contrat – celles qui permettent, précisément, d'établir une classification entre ces différents types – ne sauraient être modifiées au moyen de CGA.

864 Il nous paraît donc que la jurisprudence française a dégagé un nombre non négligeable de règles qui, dans leur ensemble, permettent – respectivement pourraient permettre si on les généralisait – de concrétiser de manière relativement efficace la clause générale. Toutefois la motivation sommaire qui caractérise les arrêts rendus par les tribunaux français ne permet pas toujours de savoir quelle portée attribuer à un jugement particulier, la *ratio decidendi* étant souvent difficile à identifier. Cette manière de procéder, pour explicable

qu'elle soit d'un point de vue historique, constitue indéniablement un obstacle à la clarté nécessaire en matière de détermination des clauses abusives.

- 865 L'influence de la liste annexée au Code de la consommation est relativement difficile à évaluer. En effet, d'une part, elle n'est pas contraignante et d'autre part, elle n'est souvent pas mentionnée dans les arrêts.

III. Droit allemand

- 866 En droit allemand, la sécurité juridique nous paraît atteindre un niveau tout à fait satisfaisant, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord parce que certains principes sont clairement reconnus dans l'application du § 307 al. 1 BGB. Ainsi, la doctrine introduit-elle l'exigence d'une certaine proportionnalité entre les droits et les obligations de chacune des parties lorsqu'elle affirme que plus l'atteinte portée aux intérêts du client est massive, plus elle doit correspondre à des intérêts importants de l'utilisateur des CGA et que le client ne doit pas être plus défavorisé que cela n'est nécessaire pour atteindre le but légitime visé par l'utilisateur des CGA. Cette affirmation est certes relativement floue, mais elle nous semble constituer un point de repère intéressant. Le critère, utilisé par la jurisprudence et la doctrine, selon lequel un risque ne saurait être répercuté sur le client que si celui-ci est mieux à même d'en éviter la réalisation ou de le faire assurer, est également très utile ; il est facile à mettre en œuvre et est susceptible d'être appliqué à un grand nombre de clauses. Les tribunaux ont également posé des règles en matière de détermination unilatérale de certaines prestations, précisant notamment que les motifs (importants) qui permettent cette détermination doivent être indiqués clairement et qu'une contrepartie doit être fournie au client.
- 867 La sécurité du droit est également assurée dans une mesure non négligeable par les deux imposantes listes des §§ 308 et 309 BGB, puisque ce ne sont pas moins de huit clauses (dont trois comprennent deux variantes) qui sont prohibées par la première et treize (dont huit comprennent deux ou plusieurs variantes) par la seconde. Toutefois, celles-ci ne constituent pas une panacée puisqu'elles ne s'appliquent forcément qu'à un nombre certes élevé, mais malgré tout limité, de clauses. De plus, la liste du § 308 BGB laisse une marge d'appréciation au juge ; elle ne permet donc pas de prévoir avec certitude le sort qui sera réservé à une clause y figurant. Du reste, la même remarque peut être faite pour certaines des clauses du § 309 BGB, en dépit de ce que pourrait laisser à penser le titre de celui-ci. Enfin, il ne faut pas oublier que ces deux listes ne sont applicables qu'aux consommateurs, leur application par analogie aux autres clients étant, au mieux, très restreinte.

868 Mais surtout, ce sont les deux éléments du § 307 al. 2 BGB qui nous paraissent les plus importants en termes de prévisibilité du droit. Ils constituent des instruments fort utiles en ce qu'ils permettent de préciser la notion de désavantage inapproprié tout en restant assez large pour appréhender potentiellement toute clause. Ainsi, ces deux éléments, dont le caractère « praticable » ne saurait être nié, puisqu'ils trouvent leurs origines dans la jurisprudence antérieure à la loi sur les CGA, nous paraissent être à mi-chemin entre la notion, non susceptible de subsumption en raison de son imprécision, de désavantage inapproprié et la prohibition, forcément limitée quant à son objet, instituée par les listes de clauses. L'alinéa 2 du § 307 BGB nous semble donc constituer un bon point de départ de l'analyse d'une clause. D'ailleurs, la très grande majorité des arrêts rendus sur la base du § 307 BGB le sont en application de l'al. 2 de cette disposition, à tel point d'ailleurs que d'aucuns se demandent si l'al. 1^{er} a encore son utilité. Et c'est justement l'abondance de la jurisprudence et de la doctrine relatives à cet alinéa qui assure une bonne prévisibilité du droit. En effet, la casuistique qui en résulte, compilée dans de volumineux commentaires et faisant l'objet de chroniques régulières dans plusieurs revues généralistes, permet au juriste de déterminer de manière relativement précise si telle ou telle clause doit être considérée comme abusive ou non.

IV. Droit communautaire

869 Les enseignements qui peuvent être tirés du droit communautaire sont limités, puisque, par définition, une directive n'est jamais appliquée qu'au travers de la transposition dont elle fait l'objet dans les États membres. Nous avons pourtant vu¹³⁹⁰ que la doctrine a tiré de ce texte (ainsi que, parfois, d'autres textes communautaires relatifs au droit des contrats) certains principes susceptibles de guider le juge dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Certains d'entre eux (nous pensons en particulier à la nécessité d'un accord contractuel, à la protection de l'équivalence, à l'effet contraignant de la convention et au maintien de la protection prévue par la loi) nous semblent effectivement aptes à jouer ce rôle. Il s'agit donc là d'outils supplémentaires qui sont à même de renforcer la sécurité du droit.

§ 2 Bonne pondération des intérêts en présence

870 Toute législation en matière de CGA visant à protéger la partie faible – indépendamment de la manière dont cette dernière notion est définie –, on pourrait redouter que son application ne se focalise sur cet objectif sans trop

¹³⁹⁰ Cf. supra n° 303 ss.

tenir compte des intérêts de l'utilisateur des CGA, inversant ainsi d'une certaine manière le rapport de force et limitant exagérément la liberté contractuelle de ce dernier. Nous pensons pourtant qu'un tel grief ne se justifierait ni en droit français ni en droit allemand.

- 871 Tout d'abord, les tribunaux procèdent à une analyse globale, laquelle peut révéler qu'une clause n'est pas aussi défavorable qu'il y paraît *a priori*. Ainsi, la clause limitant la responsabilité de l'opérateur de téléphonie mobile en cas de perturbations dues à des travaux d'entretien, de renforcement, de réaménagement ou d'extension des installations, n'est-elle pas défavorable, parce que ces dernières activités s'exercent au profit des consommateurs¹³⁹¹. Dans le même ordre d'idées, les tribunaux ne sanctionnent pas systématiquement les clauses inversant le fardeau de la preuve, quand bien même il s'agit là de clauses en principe particulièrement défavorables au consommateur¹³⁹². Enfin, il faut remarquer que la doctrine admet qu'une clause défavorable à la partie faible puisse être « compensée » par une autre.
- 872 Ensuite – et cette affirmation est très importante – la Cour de cassation a jugé qu'un désavantage pour le consommateur ne suffit pas, à lui seul, à fonder un déséquilibre significatif; celui-ci doit encore être mis en rapport avec l'avantage que la clause confère au professionnel. Ainsi la clause instaurant une durée minimale du contrat n'est pas abusive si le laps de temps prévu est nécessaire pour que le professionnel amortisse ses installations; des obligations particulières imposées au consommateur peuvent se justifier si elles tendent seulement à éviter que le professionnel ne subisse un dommage. La clause obligeant le consommateur à payer l'intégralité de frais de scolarité, même si un cas fortuit empêche le professionnel d'exécuter ses obligations, n'est pas abusive pour autant que le professionnel puisse établir qu'à défaut de cette clause, il subirait un préjudice. Il nous semble lire en filigrane l'idée qu'une clause relativement défavorable au consommateur ne sera pas sanctionnée si elle correspond à un intérêt économiquement important du professionnel.
- 873 Cette même idée de proportionnalité, admise en droit allemand comme nous l'avons déjà relevé plus haut, démontre à notre avis que les intérêts de l'utilisateur des CGA sont pris en compte dans une mesure appropriée.

¹³⁹¹ TGI de Nanterre, 03. 03. 1999, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Cf. supra n° 482.

¹³⁹² Cass. 1^{re} civ., 07. 07. 1998, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr; Cass. 1^{re} civ., 05. 07. 2005, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Cf. supra n° 502 ss.

§ 3 *Institutions voisines*

874 La violation de l'obligation de transparence, telle que cette dernière est conçue en droits français et allemand, ainsi que le caractère surprenant d'une clause (faisant obstacle, en droit allemand, à son intégration) sont proches du contrôle du contenu. En effet, ils conduisent à la suppression d'une clause pour des motifs liés au contenu de celle-ci et non à des raisons relatives au consentement (comme il y va des règles générales en matière d'intégration). C'est là, une sanction trop incisive dans les deux cas comme nous allons le voir maintenant (ci-après, I. et II.)

I. **Obligation de transparence**

875 Le concept d'obligation de transparence n'est pas nécessaire et peut même s'avérer dangereux. Il sied bien plutôt d'en rester au seul principe de l'interprétation *contra stipulatorem* au sens où l'entend le droit allemand, c'est-à-dire en faisant usage de la « *kundenfeindliche Auslegung* » après avoir constaté que les méthodes traditionnelles d'interprétation permettaient d'attribuer au moins deux sens à la clause en question. C'est dire que nous rejetons l'idée qu'une clause puisse être déclarée nulle en raison d'un manque de transparence.

876 En premier lieu, on peut se demander s'il est envisageable qu'une clause peu « transparente » ne soit pas déjà nulle sur la base de la clause générale. La réponse est certes positive, mais une telle situation ne devrait être que fort rare. Et dans cette hypothèse, il n'est pas choquant que la clause soit maintenue. En effet, le sens d'une telle clause, certes peu apparent dans un premier temps, révélerait, après application des moyens classiques d'interprétation (et cas échéant, du principe *in dubio contra stipulatorem*¹³⁹³), que la clause n'est pas particulièrement déséquilibrée. En définitive, pareille clause ne nuit donc pas notablement au client.

877 L'argument utilisé fréquemment par ceux qui entendent rendre une clause nulle en raison de son manque de transparence est le suivant : si l'on procède de cette manière, les utilisateurs de CGA seront forcés de s'exprimer de manière limpide et bien plus concise, ce qui fait que les clients comprendront aisément ce genre de texte, qu'ils prendront l'habitude de lire intégralement. Il s'ensuit que la teneur des CGA deviendrait pour le client un critère pertinent dans le choix de son partenaire contractuel. Si on le suit jusqu'au bout, ce raisonnement tend à démontrer que les seules lois du marché suffisent à régler le problème des CGA ; plus rien dès lors ne justifierait un contrôle judiciaire

¹³⁹³ Appliqué dans le sens qui vient d'être indiqué.

de leur contenu. Ces affirmations ne se vérifient pourtant pas en pratique. L'Allemagne est le chantre de la théorie de la transparence¹³⁹⁴. Pourtant, les CGA qui y ont cours ne se distinguent pas toujours par leur simplicité¹³⁹⁵ et il ne s'est trouvé aucun juriste dans ce pays pour remettre en question le bien-fondé des règles régissant cette matière en arguant que celles-ci sont devenues inutiles.

- 878 On relève parfois que la suppression d'une clause en raison de son manque de transparence est avantageuse pour le client, parce que ce type de contrôle est exempt des limitations que connaît le contrôle du contenu. Cela serait particulièrement vrai pour les clauses qui touchent l'objet principal du contrat, que le droit des États membres doit, comme le prévoit expressément la Dir. 93/13, « immuniser » d'un contrôle sur la base de la clause générale. Cet argument n'est pas non plus pertinent, du moins si l'on s'en tient à la position restrictive du BGH en la matière, qui contrôle les clauses s'écartant des prestations principales dues, pour le contrat en cause, en vertu de la loi ou des règles de la bonne foi. En effet, si l'on conçoit ainsi les limites au contrôle du contenu, on ne voit pas ce qu'apporterait un contrôle basé sur la transparence.
- 879 Ensuite, la notion de transparence n'est – c'est un beau paradoxe – pas suffisamment claire pour qu'on puisse lui rattacher une sanction aussi forte que la nullité de la clause. En effet, la compréhensibilité d'un texte dépend de nombreux facteurs¹³⁹⁶ – notamment de la personne du partenaire contractuel ; c'est pourquoi il conviendrait de poser des exigences variables en fonction de la catégorie de contractant à laquelle on a affaire¹³⁹⁷, ce qui est évidemment une source d'incertitudes. Comment dès lors déterminer quand une clause est « trop imprécise » ? Et surtout : jusqu'où va l'obligation de rédaction aussi claire que possible ? Est-ce à dire que le juge doit rechercher toutes les manières possibles de formuler différemment la clause qui lui est soumise et que, s'il en trouve une au moins qui soit plus claire – notion dont il faut bien convenir qu'elle est elle-même empreinte d'une certaine subjectivité – il doit déclarer nulle ladite clause ? On voit bien que ces solutions sont très

¹³⁹⁴ Introduite formellement dans la loi lors de la modernisation du BGB (§ 307 al. 1 in fine BGB), l'obligation de transparence était déjà déduite de la AGBG (cf. WOLF § 9 AGBG, n° 143 ss).

¹³⁹⁵ Il suffira au lecteur sceptique, pour s'en convaincre, de visiter le site internet de quelques prestataires de biens et services allemands.

¹³⁹⁶ Ainsi, pour SCHWINTOWSKI : „ [...]Verstehen kein passiver, vom Text determinierter Vorgang, sondern eine aktive Konstruktion von Bedeutung ist, in der Information laufend mit anderen Wissensbeständen verbunden und angereichert wird. Die mentale Repräsentation ist folglich wissensabhängig und geht über die im Text vermittelte Information“ (p. 219).

¹³⁹⁷ BERGER/KLEINE, p. 3527. En ce sens également : PAISANT, L'ambiguïté, p. 1960.

insatisfaisantes en termes de prévisibilité du droit. C'est en cela qu'elles sont dangereuses pour les utilisateurs de CGA, pour qui l'obligation de transparence aurait des allures d'épée de Damoclès. Cela est d'autant plus vrai que l'obligation de transparence, au sens où l'entend le droit allemand, se rapporte aussi bien à chaque clause considérée individuellement qu'au contrat pris dans son ensemble.

880 Une étude empirique, menée en Allemagne entre 2002 et 2004¹³⁹⁸ sur le caractère compréhensible de clauses contractuelles, fournit il est vrai quelques pistes concrètes pour rendre plus compréhensibles des clauses contractuelles, à savoir : (1) les clauses devraient être composées de phrases courtes, si possible exemptes de subordonnées, (2) les termes techniques et juridiques superflus devraient être évités, (3) le client ne devrait pas être amené à procéder à des calculs, même simples, (4) tout renvoi à d'autres clauses devrait être proscrit (5) la structure devrait être claire et correspondre au contenu des clauses. Toutefois, ces exigences restent floues (qu'est-ce qu'une phrase courte, quand un terme technique ou juridique est-il superflu ?) et ne sont pas réalistes, vu la complexité que revêt parfois la situation à régler. Ainsi, souvent, les termes techniques ou juridiques ont un sens propre qui ne peut pas être remplacé par un mot plus « simple » qui ait le même sens. De plus, le recours à des clauses exigeant parfois du client des calculs est, dans une certaine mesure en tout cas, indispensable pour assurer aux CGA le caractère généralisé qui les caractérise et qui sont nécessaires pour atteindre un certain degré de rationalisation. La même remarque est valable s'agissant des clauses de renvoi.

881 Du reste, la doctrine allemande reconnaît elle-même que l'obligation de précision (une des composantes de l'obligation de transparence) trouve ses limites dans l'impossibilité de prévoir une réglementation contractuelle exhaustive et infaillible. Elle relève qu'une mauvaise compréhension ne peut pas toujours être imputée à l'utilisateur des CGA et admet que la situation à régler est parfois si complexe qu'elle ne peut pas se traduire par un libellé simple¹³⁹⁹. Elle remarque aussi que, poussée à l'extrême, l'obligation de transparence est contre-productive (« trop d'information tue l'information »).

882 Le principe *in dubio contra stipulatorem* (dans sa variante « *kundenfeindliche Auslegung* ») dont le champ d'application est aussi large que celui de l'obligation de transparence, est moins aléatoire parce que reposant sur des méthodes connues et éprouvées (méthodes classiques d'interprétation des contrats ; cas échéant, recherche du sens le plus défavorable au client ;

¹³⁹⁸ SCHWINTOWSKI, p. 218 ss.

¹³⁹⁹ Cf. supra n° 753 ss. Sur la difficulté de rédiger des clauses simples pour décrire une réalité complexe, cf. BERGER/KLEINE, p. 3528.

application de la clause générale) ; il permet d'intervenir de façon efficace et plus ciblée lorsque cela est nécessaire. Une telle manière de procéder présente l'avantage que la sanction de la nullité n'est jamais déconnectée de l'idée de déséquilibre. Du reste, la Cour de cassation, lorsqu'elle déclare nulle la clause – jugée non transparente – d'exclusion de responsabilité d'un laboratoire de développement photographique au motif que celle-ci pourrait être comprise dans un sens défavorable au consommateur, ne fait rien d'autre, si l'on ose dire, que de la « *kundenfeindliche Auslegung* ». S'agissant des clauses aptes à tromper le client, en particulier de celles qui décrivent de manière incorrecte la position de celui-ci et ainsi le découragent d'agir, elles pourraient être déclarées nulles sur la base de la clause générale, comme le fait d'ailleurs le droit français.

- 883 La meilleure solution, en termes de justice immanente, serait de prévoir une sanction modérée dans les cas où manifestement une clause serait exprimée en des termes plus compliqués que cela ne serait nécessaire. Comme on ne voit pas en quoi pourrait consister une telle sanction – à part, précisément, l'interprétation *kundenfeindlich* –, il vaut mieux renoncer totalement à la notion (d'absence) de transparence¹⁴⁰⁰, étant entendu qu'il est inutile, voire dangereux (affaiblissement de l'autorité de la loi) de prévoir une obligation dont la violation n'entraînerait aucune conséquence.
- 884 Ces conclusions nous incitent à rejeter l'obligation d'information prévue par le projet de modification de la LIC (art. 2 al. 1 let. e pLIC). En effet, cette obligation comporte des éléments trop flous (description de manière *objective*, en des termes *aisément compréhensibles*). De plus, l'utilisateur des CGA pourra, sous couvert précisément, d'une bonne information au client, interpréter extensivement la notion de « contenu essentiel », noyant ainsi les points les plus importants dans une masse d'informations dont le client ne prendra finalement pas du tout connaissance. Et même si tel n'est pas le cas, une telle obligation est, dans une certaine mesure en tout cas, contreproductive en ce qu'elle risque de dissuader le client – qui pourrait bien s'imaginer que les clauses sur lesquelles son attention est spécifiquement attirée sont les seules susceptibles de s'avérer problématiques pour lui – de prendre connaissance du texte des CGA.

¹⁴⁰⁰ En revanche, dans les cas les plus flagrants, soit ceux dans lesquels la clause est si obscure qu'un lecteur laïque moyennement attentif ne la comprend pas, cela pourrait être un motif de non intégration (cf. infra n° 981).

II. Caractère surprenant

- 885 Tout d'abord, la règle selon laquelle une clause surprenante n'est pas intégrée est un critère artificiel, en ce sens que, dans la plupart des cas, le client ne lit pas du tout le texte préformulé dont il accepte l'intégration. Il nous paraît donc illogique – dans un système instituant un contrôle ouvert, tout au moins – de vouloir tirer argument, *a posteriori*, du caractère soi-disant surprenant d'une clause dont on n'a pas du tout eu connaissance, pour en dénier l'efficacité. Celui qui n'accepte pas d'être surpris – mieux : de ne pas pouvoir arguer qu'il aurait été surpris par une clause s'il l'avait lue –, alors qu'il se sait protégé par des dispositions sur le contrôle du contenu, devrait lire *in extenso* les CGA.
- 886 Déterminer ce qu'est une clause inhabituelle n'est pas chose aisée. La distinction opérée par la doctrine allemande lorsqu'elle affirme qu'une clause doit être objectivement surprenante et, au surplus, véritablement surprendre le client, nous paraît étrange. On ne voit en effet pas comment un client pourrait ne pas être surpris par une clause objectivement inhabituelle et vice-versa, sauf à admettre que certains clients souffriraient d'une sorte de prédisposition constitutionnelle qui les rendrait particulièrement – respectivement particulièrement peu – sensibles à la surprise.
- 887 Certes, la jurisprudence a établi une casuistique servant à juger du caractère inhabituel ou non d'une clause. Si l'on examine cette dernière on se rend compte qu'elle est relativement proche des critères qui permettent d'écarter une clause en raison de son caractère abusif. Ainsi, une clause instituant ou modifiant de manière essentielle une prestation principale est surprenante. Toutefois, si l'on considère, comme le fait le BGH, que sont contrôlables à l'aune du § 307 BGB les clauses qui s'écartent des prestations principales dues, pour le contrat en cause, en vertu de la loi ou des règles de la bonne foi, il nous semble la non intégration des clauses surprenantes n'a pas de portée propre. La deuxième catégorie de clauses surprenantes est constituée par celles qui apportent de profondes modifications des règles légales applicables au contrat ; de telles clauses, si elles sont défavorables au client, tombent à notre sens systématiquement sous le coup de la première hypothèse visée par le § 307 al. 2 BGB. Le troisième groupe de cas dégagé par la jurisprudence, celui des clauses accessoires atypiques, est aussi susceptible d'être appréhendé par la clause générale. Du reste, la doctrine allemande relève qu'une clause surprenante ne résiste que rarement à un examen au sens du § 307 BGB¹⁴⁰¹. La règle du caractère inhabituel fait donc, dans bien des cas, « double emploi » avec cette dernière. Et si une clause « surprenante » n'est pas défavorable au point d'être qualifiée d'abusives, il n'y a, à notre sens, rien de choquant à la maintenir, puisqu'alors la « surprise » serait neutre ou alors

¹⁴⁰¹ BASEDOW, § 310 BGB, n° 3.

n'aurait que de faibles conséquences négatives sur le client. Il en va ainsi, à notre sens, des clauses « dissimulées », qui constituent le quatrième cas de clauses surprises : si une clause dissimulée – combinée éventuellement avec d'autres (le droit allemand admettant l'effet cumulatif de clauses préformulées) – n'est pas défavorable au client, on ne voit pas de raisons de l'écartier. Au surplus, il sera parfois délicat de dire si une clause est dissimulée ou non ; certains cas seront flagrants et cette appréciation ne posera pas de problème ; on pense notamment aux hypothèses dans lesquelles l'utilisateur des CGA veut tromper son partenaire contractuel. De telles clauses seront supprimées par le contrôle du contenu. En revanche, il y aura, à n'en pas douter, toute une série de cas-limites. Cela est vrai en particulier si on considère que la structure du texte préformulé entre en considération : une clause pourra-t-elle être considérée comme surprise à chaque fois que son emplacement systématique à l'intérieur du texte n'est pas absolument indiscutable ?

- 888 En résumé, on peut constater que la règle de la non intégration des clauses surprises n'apporte que peu en termes de protection de la partie faible¹⁴⁰² – et l'éventuel apport est discutable –, mais, par son caractère flou, elle est source d'une trop grande incertitude pour l'utilisateur des CGA.
- 889 Qui plus est, instaurer un instrument indépendant de lutte contre les clauses abusives pose des problèmes de délimitation avec les autres moyens mis en place par la loi. Ainsi est née en Allemagne une controverse sur le point de savoir si la seule contrariété d'une clause préformulée insérée dans des CGA avec un accord individuel suffit à faire admettre le caractère surprise de celle-ci. Certes, la question n'a vraisemblablement pas une grande portée pratique, puisque le résultat sera, dans la règle, identique. Toutefois, cela démontre bien que plus un système comprend d'éléments, plus les rapports entre eux peuvent se révéler complexes, avec toutes les incertitudes que cela suppose. En d'autres termes, il sied à notre avis d'éviter la multiplication des instruments de lutte contre les clauses abusives et de se contenter de n'utiliser que les plus efficaces.
- 890 La règle de l'insolite a un sens différent dans un système qui ne comprend pas de contrôle du contenu. Il en est ainsi, dans la révision de la LIC, lorsque le client n'est pas un consommateur. Étant donné que l'art. 10c al. 2 pCO renonce à utiliser la notion de caractère « surprise » ou « insolite », au profit du concept, plus large, de bonne foi, il sera difficile de déterminer quand une clause n'a pas été réellement approuvée par une partie. En effet,

¹⁴⁰² PICHONNAZ estime que la règle de l'inhabituel est un pis-aller, qui perd sa raison d'être si le législateur se décide à introduire une norme permettant un contrôle général du contenu (Vers un contrôle amélioré, p. 391).

aux difficultés inhérentes à la détermination du caractère surprenant d'une clause s'ajoute celle consistant à savoir si et, cas échéant dans quels autres cas, une clause est contraire à la bonne foi. De plus, il est à notre sens contradictoire de se référer à l'obligation de bonne foi tout en excluant du raisonnement tout jugement de valeur (un tel jugement équivalant, indirectement, à un contrôle du contenu). Tout porte à croire que les tribunaux, pour éviter ces difficultés, ne feraient qu'une application très stricte de cette règle qui n'aurait alors presque plus aucune portée propre et qui ne concernerait que des cas extrêmes, susceptibles d'être appréhendés par les principes généraux de la partie générale du droit des obligations.

Chapitre 4 : Conclusions

- 891 On ne saurait nier qu'instaurer un contrôle ouvert du contenu revient, par le nombre et la variété des litiges que celui-ci est à même de provoquer, à ouvrir la boîte de Pandore. Mais il n'y a pas lieu de craindre les éléments qui en sortiront. Il paraît en effet, comme le démontre l'analyse des droits français et allemand, que d'une part le contrôle du contenu ne conduit pas à une insécurité du droit aussi grande qu'on aurait pu le penser *a priori* et d'autre part que les professionnels – respectivement les utilisateurs de CGA – ne sont pas exagérément prétérités par une législation pourtant particulièrement interventionniste. Il est d'ailleurs révélateur qu'aucun auteur allemand ou français ne remette en cause le principe du contrôle du contenu, pas plus du reste que ne le fait le livre vert, et que les économies française et allemande, et singulièrement les secteurs qui, typiquement, font usage de CGA, n'ont pas été ébranlées par l'introduction, à la fin des années 1970, d'un tel contrôle.
- 892 Il nous semble simplement que l'introduction en droit suisse d'un contrôle du contenu, loin de mener à la faillite de pans entiers de notre économie, aura l'effet suivant : l'utilisateur des CGA, comme il ne pourra plus limiter directement le risque que dans une mesure (beaucoup) plus restreinte qu'auparavant, devra rehausser quelque peu ses prix, répartissant ainsi ce risque entre tous ses clients ; les sommes supplémentaires encaissées serviront, le cas échéant à conclure une assurance. A cet égard, rien n'indique que les assureurs auraient jugé les risques inhérents à la suppression de clauses préformulées trop imprévisibles pour pouvoir être couverts.
- 893 Un contrôle du contenu impliquera nécessairement, comme nous venons de le dire, des litiges fort nombreux – la jurisprudence allemande est très abondante, quand bien même les dispositions du BGB régissant cette matière sont détaillées – alors que les tribunaux se plaignent déjà, et souvent de manière chronique, d'une surcharge de travail. Mais ce n'est pas là un motif suffisant pour renoncer à une protection efficace de la partie faible, qui

correspond à un intérêt public évident. Il nous semble que si les tribunaux prennent garde à rendre des arrêts soigneusement motivés, qui s'insèrent dès le début dans une ligne claire, la sécurité du droit s'en trouvera rapidement améliorée et une dizaine d'années devrait suffire pour lever les plus grandes incertitudes, faisant ainsi diminuer le nombre de nouveaux litiges.

- 894 A cet égard, les tribunaux pourront s'appuyer si nécessaire, dans une certaine mesure au moins, sur le droit comparé. En effet, le droit français et, surtout, le droit allemand, ont appréhendé toutes sortes de questions relatives aux CGA, tissant ainsi un filet relativement serré, capable d'appréhender l'écrasante majorité des cas de figure susceptibles de se présenter. Sans devoir s'y soumettre, le droit suisse pourrait s'en inspirer, en partie du moins, ne serait-ce que pour « nourrir la réflexion ». Cela signifie que les tribunaux devraient certes régler une quantité énorme de questions, même en présence d'un texte de loi fourni, mais ils disposeraient déjà de certaines pistes bien établies (ce d'autant qu'il n'y a pas que les droits français et allemand qui traitent la question : au cas où les solutions de ces droits seraient jugées insatisfaisantes ou lacunaires, on pourrait toujours s'intéresser à celles qui prévalent dans d'autres États membres). Ainsi, nos tribunaux pourraient appréhender de manière pragmatique les problèmes propres à ce domaine juridique pour former un ensemble de règles complètes et cohérentes.
- 895 Parfois, s'agissant de la détermination du caractère abusif d'une clause, les critères établis par la jurisprudence peuvent entrer en conflit entre eux, ce qui, naturellement, amène une certaine insécurité juridique. Mais celle-ci n'est pas forcément aussi grande qu'on pourrait le craindre, puisque la jurisprudence pourrait être amenée à pondérer ces critères. Une fois établi le poids relatif de ceux-ci, la sécurité juridique est alors à nouveau assurée dans une large mesure. De plus, lorsque plusieurs principes sont applicables et qu'ils convergent, on peut dire avec une quasi-certitude que la clause est abusive, respectivement ne l'est pas.
- 896 En revanche, il convient de s'en tenir à un contrôle strict du contenu des clauses. Il ne devrait pas être possible de déclarer nulle une clause au seul motif qu'elle serait trop peu « transparente », pas plus que de considérer une clause comme non incorporée parce qu'elle serait « surprenante ». La sanction serait en effet trop sévère, compte tenu notamment du flou entourant les notions précitées. Qui plus est, les clauses qui seraient fortement affectés par de tels vices sont, dans la règle, nulles en vertu de la clause générale.
- 897 La notion de partie faible, en matière de CGA, doit être large. Ainsi, doit être protégé tout contractant, la position des consommateurs devant par ailleurs être renforcée par rapport à un autre contractant.

- 898 Telles sont les principales caractéristiques des règles qui devraient s'appliquer en matière de CGA. Nous allons, après une brève synthèse, examiner quelle devrait être la nature de ces règles en droit suisse et, surtout, quels devraient être, précisément, leurs contours.

Chapitre 5 : Synthèse

§ 1 Généralités

- 899 Toute réglementation légale de la problématique des CGA passe par l'instauration d'un système aux contours relativement flous. Cela a notamment pour conséquence une forte charge de travail pour les tribunaux et (dans un premier temps du moins) une certaine insécurité juridique.
- 900 Toutefois, l'examen des droits français et allemand tend à démontrer que les systèmes mis en place dans ces États ne comportent pas de failles importantes que les utilisateurs de CGA pourraient exploiter.
- 901 D'autres signes positifs ressortent de l'étude de ces ordres juridiques : la justice est fréquemment saisie, même pour des litiges portant sur des sommes relativement peu importantes et il n'est pas rare que le client obtienne gain de cause.

§ 2 Champ d'application personnel

- 902 Il n'est pas opportun de prévoir que la loi protège le consommateur et les personnes qui peuvent y être assimilées : cette solution est insatisfaisante 1) par les problèmes d'application qu'elle pose, 2) parce qu'elle n'appréhende la problématique que de manière partielle et 3) parce qu'elle est discutable d'un point de vue méthodologique. Ne protéger que le consommateur est une conception trop étroite (la faiblesse cognitive et la faiblesse dans la négociation ne concernent pas que cette catégorie de contractants), pose des problèmes de délimitation ; cette option pourrait également générer une certaine dérive en ce sens que l'inégalité de traitement qu'elle créerait entre consommateurs et autres contractants risquerait d'être rétablie de manière prétorienne, grâce à des instruments que leur fonction ne destine pas à cette fin. En revanche, la solution allemande, qui consiste à protéger tout contractant, mais particulièrement le consommateur, supprime largement les problèmes de délimitation et protège effectivement la partie faible ; elle est de plus garante d'une certaine cohésion au sein du droit privé. Il est vrai qu'elle pose des difficultés en ce sens qu'elle oblige le législateur à déterminer en

quoi se distingue la protection généralisée de celle, renforcée, accordée au consommateur.

§ 3 *Contrôle du contenu*

- 903 Le contrôle du contenu, tel qu'il est pratiqué en France et en Allemagne, ne conduit pas à des résultats aussi disparates, voire aléatoires, qu'on pourrait le craindre. En effet, se dégagent du droit français un certain nombre de principes qui, si on les généralisait, pourraient s'avérer bien utiles dans la détermination de ce qu'est une clause abusive. Quant au droit allemand, il comprend lui aussi des critères destinés à juger si une clause fait subir au client un « désavantage inapproprié ». Une certaine sécurité du droit est également assurée par les deux présomptions figurant au § 307 al. 2 BGB. Il n'est guère possible de tirer des enseignements de la directive 93/13, puisque celle-ci n'est pas appliquée directement ; toutefois, de ce texte (en particulier de son annexe) et d'autres directives, il est possible de dégager un certain nombre de principes permettant de concrétiser la clause générale.
- 904 La jurisprudence, aussi bien en France qu'en Allemagne, laisse apparaître une assez bonne pondération des intérêts en présence : les tribunaux se « contentent » de rétablir l'équilibre, et ne créent pas un déséquilibre en faveur du client.

§ 4 *Obligation de transparence*

- 905 L'obligation de transparence, telle qu'elle est pratiquée en Allemagne – et semble-t-il en France – va trop loin, puisque son irrespect peut rendre, à lui seul, une clause abusive. Cette manière de procéder est trop incisive, vu les incertitudes et les limites inhérentes au concept même de transparence ; de plus, il n'est pas certain qu'elle contribue réellement à la protection du client.
- 906 Cette dernière remarque s'applique également au caractère surprenant comme moyen apte, en soi, à remettre en question la validité d'une clause. De plus, la règle dite de l'insolite apparaît comme un corps étranger dans un système connaissant un contrôle ouvert du contenu.

PARTIE 7 : DROIT SUISSE DE LEGE FERENDA

Chapitre 1 : Généralités

§ 1 Modification législative

907 La doctrine helvétique appelle unanimement de ses vœux un contrôle du contenu ; toutefois, elle est divisée quant au moyen à utiliser. Pour certains¹⁴⁰³, la jurisprudence pourrait et devrait s'en charger. Pour d'autres, l'importance de l'atteinte portée au principe cardinal qu'est la liberté contractuelle nécessite une base légale¹⁴⁰⁴. Nous aurions tendance à nous ranger dans la seconde catégorie, eu égard au fait que tout type de contrat est susceptible d'être appréhendé et que les causes de l'abus sont multiples et ne se cristallisent pas dans une situation particulière. Ce d'autant plus que nous préconisons une définition large de la partie faible, qui ne se limite pas au consommateur. Un ancrage législatif est aussi souhaitable parce que la lutte contre les clauses abusives ne repose pas sur un seul principe mais constitue un véritable système.

908 Toutefois, cette question ne mérite pas d'être approfondie, car elle est purement théorique. Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler que la doctrine a, de longue date, fortement incité le TF à agir, proposant plusieurs bases légales susceptibles de constituer le point de départ d'un contrôle ouvert du contenu. Notre haute cour s'y est cependant toujours refusée. On ne voit pas de raison qu'elle change d'avis. Cela est d'autant plus vrai si l'on considère l'attitude qu'adopte le TF lorsqu'il examine des clauses d'exclusion de responsabilité contenues dans des CGA¹⁴⁰⁵. A plusieurs reprises – et encore récemment (dans des arrêts non publiés il est vrai) –, il reconnaît expressément l'existence d'un danger pour la partie faible et la nécessité d'y remédier en procédant à une pesée d'intérêts qu'il décrit clairement. Toutefois, notre Cour suprême n'ose pas appliquer cette théorie. En cela, elle

¹⁴⁰³ GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, p. 106; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1149 ss.

¹⁴⁰⁴ En ce sens : KRAMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 24 ; PICHONNAZ préconise également cette solution, mais en se fondant sur le souci d'une meilleure information (Vers un contrôle amélioré, p. 392).

¹⁴⁰⁵ Cf. supra n° 86 ss.

fait preuve d'une grande retenue. Dès lors, seul le législateur semble à même de remédier aux carences actuelles du droit suisse.

909 Nous voudrions ici examiner en quoi pourrait consister une régulation des CGA en droit suisse, sans toutefois revenir sur la question du champ d'application personnel de la loi (question déjà évoquée dans la partie précédente¹⁴⁰⁶).

§ 2 Réglementation succincte dans le CO

I. Dans le CO

910 En ce qu'elle traite de problèmes susceptibles d'affecter tout contrat, la réglementation visant les CGA trouve tout naturellement sa place dans la partie générale du CO. D'ailleurs, c'est par une modification de cette loi que le projet de modification de la LIC envisageait d'agir ; l'avant-projet de modification de la LCA a du reste retenu la même solution. Le choix de régler cette matière dans la LCD, loi qui ne s'applique qu'aux professionnels, est une bizarrerie et pose des problèmes délicats en termes de sanction de la clause jugée abusive, s'agissant des rapports entre cette loi et le CO. Le seul argument avancé pour le justifier, soit la possibilité d'agir ainsi offerte aux associations de protection de consommateurs, s'est avéré bien peu pertinent, puisque, à notre connaissance, celles-ci n'en ont jamais fait usage.

911 Il n'y a pas lieu d'aborder ici ce type d'action, qui se situe hors du champ de ce travail. Nous nous contenterons de dire que légiférer dans le CO ne signifie pas une mise à l'écart desdites associations, qui pourraient dans tous les cas être légitimées à agir par une disposition de ce même Code ou par renvoi d'une autre loi.

912 Il serait certes également possible de créer une loi *ad hoc*, à l'instar de la AGBG que connaissait le droit allemand. Toutefois, la matière n'est à notre sens pas assez spécifique pour faire l'objet d'une loi particulière ; procéder de la sorte contribuerait à un éclatement du droit qu'on ne cesse déjà de dénoncer. A cet égard, le fait que le législateur allemand ait intégré cette matière dans le BGB nous paraît révélateur d'une nécessité de « recentrage » (même si celui-ci n'a fait que s'inscrire dans un mouvement plus large, celui de la modernisation du droit des obligations et n'aurait vraisemblablement pas eu lieu sans cela). En outre, l'introduction de règles dans le CO ne surchargerait pas la partie générale de celui-ci, à condition que ces règles ne soient ni trop longues, ni trop nombreuses.

¹⁴⁰⁶ Cf. supra n 804 ss.

II. Règles succinctes

- 913 Ces deux dernières caractéristiques nous paraissent importantes. En effet, s'il est, de manière générale, illusoire de vouloir créer une loi si complète qu'elle se suffise à elle-même, cette affirmation est plus vraie encore ici qu'ailleurs. Les états de fait tombant sous le coup de la loi à créer sont si variés que seule une réglementation large permet de les appréhender tous. Dès lors, par définition, la jurisprudence et la doctrine auront un rôle déterminant à jouer. Ainsi, la thématique des CGA occupe (très) largement tribunaux et auteurs allemands, alors même que le texte légal est relativement fourni (en tout cas si on le compare à celui de la Dir. 93/13).
- 914 Au demeurant, de nombreuses questions se poseraient aussi si l'on privilégiait des dispositions précises et abondantes, car il en résulterait forcément des problèmes de délimitation, voire des risques de contradiction ; on pense ici aux controverses nées en Allemagne sur le rapport entre caractère surprenant d'une clause (entraînant la non intégration des clauses visées) et obligation de transparence ou entre cette dernière et le caractère abusif d'une clause. Il est vrai que, dans la mesure où nous rejetons aussi bien l'obligation de transparence que le caractère surprenant d'une clause, que nous jugeons intrinsèquement mauvais, ce genre de conflit est largement désamorcé. Il n'empêche que les problèmes rencontrés en droit allemand démontrent bien que l'inscription dans la loi d'un élément fait qu'il n'est pas possible de l'ignorer dans l'analyse et que la multiplication de ces principes complique la situation. En revanche, une législation minimale favoriserait la recherche de solutions plus souples.
- 915 Du reste, le législateur helvétique utilise parfois – dans l'ensemble du droit privé – des concepts volontairement flexibles – on pense ici naturellement à l'art. 2 al. 2 CC. Il s'en remet alors sciemment, et dans une large mesure, à la jurisprudence, qu'il considère comme mieux à même de trancher les problèmes de manière souple et pragmatique. Il ne devrait donc pas craindre ici une loi qui se contenterait d'aller à l'essentiel. D'ailleurs, de plus en plus de voix s'élèvent pour inciter le législateur à s'exprimer de manière « simple », rejoignant la conception – depuis lors passablement écornée – de Eugen Huber, louée par nombre de juristes étrangers¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁷ Voir par exemple ZWEIGERT/KÖTZ, p. 169.

Chapitre 2 : Prise en compte des circonstances entourant la conclusion du contrat

§ 1 Généralités

- 916 La question de la prise en compte des circonstances entourant la conclusion du contrat est omniprésente en matière de CGA : elle concerne, potentiellement en tout cas, aussi bien l'intégration, l'interprétation, le contrôle du contenu que les conséquences du caractère abusif d'une clause.
- 917 L'idée de prendre en compte les circonstances d'espèce est, de prime abord, séduisante. En procédant de la sorte, on devrait atteindre un résultat mieux adapté à chaque litige et donc, semble-t-il, meilleur en termes de justice immanente ; on éviterait ainsi une application trop mécanique du droit, au profit d'une justice plus « humaine », ce qui semble tout indiqué lorsqu'est visée une protection de la partie faible. On parviendrait à des résultats plus « fins », évitant ainsi l'inégalité de traitement que peut constituer le fait de considérer comme semblables des situations différentes.

§ 2 Inconvénients

- 918 La prise en compte des circonstances compliquerait le raisonnement. Elle y introduirait une étape supplémentaire qui consisterait à dire quelles circonstances seraient pertinentes et dans quels cas celles-ci seraient suffisantes pour influencer sur la qualification retenue à l'issue d'un examen abstrait de la clause suspectée d'être abusive. En d'autres termes, il conviendrait d'établir une typologie des circonstances et d'attribuer à celles considérées comme relevantes un « poids » déterminé.
- 919 Ces deux tâches sont difficiles. Dans les deux cas, toute affirmation trop générale semble hasardeuse, voire dangereuse. Les circonstances susceptibles d'être pertinentes ne constitueront vraisemblablement jamais une liste fermée. Il sera dès lors toujours possible que les particularités d'un cas d'espèce commandent de considérer comme pertinentes des circonstances qui jusqu'alors avaient été ignorées. Il paraît encore plus délicat de déterminer, de manière générale, quelle importance conférer à tel ou tel type de circonstances. Et ici également, il se peut que des différenciations s'imposent dans certains cas.
- 920 En outre, il serait simpliste d'affirmer que telles circonstances rendent systématiquement abusive une clause qui, selon un examen abstrait, serait

jugée acceptable. Car pour déterminer si telles circonstances peuvent rendre une clause abusive, il faut se demander dans quelle mesure celle-ci est admissible abstraitement. L'affirmation correcte consiste donc à dire que moins une clause prête le flanc à la critique après examen abstrait et plus les circonstances individuelles devront être caractérisées pour faire admettre le caractère abusif de la clause et vice-versa.

- 921 Toutes ces variables rendraient aléatoire un pronostic sur le caractère abusif d'une clause, parfois déjà délicat en l'absence de ce critère. L'utilisateur des CGA ne pourrait plus formuler des clauses « inattaquables ». Il y aurait en effet toujours un risque que certains clients – dont le nombre ne peut justement pas être évalué à l'avance puisqu'il dépend de nombreux facteurs – puissent remettre en cause telle ou telle clause. Cela empêcherait l'utilisateur des CGA de calculer ses coûts. Au final, les CGA ne pourraient plus véritablement atteindre le but qui leur est assigné.
- 922 Renoncer à la prise en compte des circonstances d'espèce présente également l'avantage de la cohérence entre le contrôle concret et un éventuel contrôle abstrait.

§ 3 *Prise de position*

- 923 Vu les difficultés liées à la prise en compte des circonstances, il convient de se montrer circonspect en la matière. De plus, la clause générale devrait offrir en principe une protection suffisante. C'est en tout cas ce que nous déduisons, avec la doctrine allemande, de la faible propension des tribunaux allemands à tenir compte des circonstances pour mieux protéger le client lorsque ce dernier est un consommateur.
- 924 Il serait pourtant trop réducteur d'ignorer purement et simplement les circonstances entourant la conclusion du contrat. Une telle approche, logique et d'ailleurs incontournable dans les procédures collectives, ne serait pas à sa place dans le procès individuel qui, précisément, n'est pas celui d'une ou plusieurs clauses, mais d'un client particulier qui entend ne pas se voir opposer telle ou telle clause figurant dans le contrat préformulé par son partenaire contractuel. Ainsi, il faudrait prendre en compte les circonstances, mais seulement dans les cas les plus manifestes. Toute la question est évidemment de savoir comment interpréter cette dernière notion.
- 925 Ainsi, devraient être prises en compte toutes les circonstances individuelles qui divergent notablement de la situation dans laquelle se trouvent typiquement deux parties concluant le genre de contrat en cause; cela pour autant que

l'utilisateur des CGA ait connu ces circonstances (ou ait dû les connaître) et dû admettre, selon les règles de la bonne foi, qu'elles auraient poussé un tel client, conscient de l'existence et de la portée des clauses en question, à ne pas les accepter ou du moins à chercher à les négocier. Cela revient à dire, de manière générale, que plus les intérêts de personnes concluant typiquement un genre de contrat diverge de ceux de la personne qui s'apprête à conclure, dans un cas d'espèce, ce même genre de contrat avec l'utilisateur des CGA et plus ce dernier devra être vigilant et, si nécessaire, informer son partenaire contractuel. Cette utilisation de la notion de bonne foi nous semble inhérente à tout devoir précontractuel de prendre en compte, dans une certaine mesure au moins, les intérêts de l'autre partie ; que le contrat comprenne ou non des CGA ne devrait pas modifier de telles obligations. Le droit allemand, lorsqu'il prévoit des règles d'intégration plus strictes en présence d'un client dont le handicap physique ne pouvait pas échapper à l'utilisateur des CGA¹⁴⁰⁸, reconnaît d'ailleurs – en dépit de sa tendance à la généralisation, en matière de CGA – qu'il convient de traiter différemment un client qui manifestement se distingue, de manière reconnaissable pour l'autre partie, du client moyen typiquement partie à un tel contrat. Ainsi, par exemple, le client dont le comportement démontrerait qu'il entend faire, du bien qu'il acquiert, un usage non approprié, sans toutefois que son partenaire contractuel ne réagisse, ne pourrait, cas échéant, pas se voir opposer une clause d'exclusion de responsabilité ou de garantie relative à un tel usage.

926 Cette conception semble raisonnable et ne devrait pas être ressentie trop durement par les utilisateurs de CGA, puisque finalement, elle se rapproche d'une interdiction de tromper (passivement) son partenaire contractuel. De plus, le client devra prouver (1) les particularités de sa situation par rapport à un client « typique », (2) la connaissance (réelle ou normative) de celles-ci par l'utilisateur des CGA et (3) la pertinence de ces particularités (nécessaires à admettre que les règles de la bonne foi impliquaient leur prise en compte) ; le plus souvent, cela ne sera pas chose aisée. Il est vrai que cette solution suppose que les auxiliaires de l'utilisateur des CGA qui sont en contact direct avec le client devraient connaître cette règle, tout comme le contenu des CGA. Cette dernière condition peut paraître évidente, mais n'est certainement pas toujours remplie en pratique.

¹⁴⁰⁸ § 305 al. 2, ch. 2 BGB.

Chapitre 3 : Champ d'application matériel

§ 1 Généralités

927 Vu l'absence de restriction *ratione personae* de la solution proposée ici, une stricte délimitation du champ d'application matériel de la loi est indispensable pour que l'atteinte portée par celle-ci à la liberté contractuelle reste dans des proportions acceptables. Cerner le champ d'application matériel d'une loi en matière de clauses abusives revient à tracer cinq délimitations : (1) l'objet du contrat, (2) la forme (en particulier : qu'en est-il des contrats ne revêtant pas la forme écrite ?), (3) la notion de conditions générales d'affaires, (4) les types de clauses exclus (clauses reprenant des dispositions légales, clauses sur l'objet principal, clauses sur le rapport qualité/prix) et enfin (5) l'exclusion de certains domaines juridiques (droit des successions, de la famille, des sociétés, du travail).

§ 2 Objet du contrat

928 La question est de savoir si la législation doit s'appliquer à des contrats portant sur d'autres objets que des biens et services. En effet, la directive ne s'applique qu'à cette dernière catégorie de contrats. Cela a pour effet d'exclure les contrats ayant pour objet des immeubles.

929 Cette restriction, qui s'explique par des motifs propres au droit communautaire, et qui du reste, n'a pas été reprise par le droit allemand, ni par le législateur français¹⁴⁰⁹, n'a pas sa place en droit suisse. En effet, de tels contrats n'ont pas de spécificités suffisantes pour être traités différemment des autres.

930 Certes, les contrats portant sur le transfert d'immeubles sont soumis à une forme particulière et impliquent l'intervention d'un officier public qui, en principe, donne lecture de l'acte dans son intégralité avant signature. Il n'empêche que la plupart du temps, les clauses – souvent nombreuses – sont préformulées, qu'une des parties peut ne pas en avoir compris la portée – en dépit de la lecture, qu'elle n'osera pas forcément interrompre pour poser des questions – et que le tiers intervient souvent dans le cadre d'un mandat confié par l'une des parties (et non conjointement par les deux). Le risque d'abus inhérent aux CGA est donc bien réel, dans une certaine mesure en tout cas.

¹⁴⁰⁹ Il est vrai qu'un arrêt, isolé, tend à reprendre cette limitation (CA de Bastia, 16. 02. 2004, Juris-Data n° 268377, [cf. supra n° 437]).

Enfin, les contrats de bail immobilier ne sont, eux, pas soumis à l'intervention d'un notaire ; et ils sont susceptibles de contenir des clauses abusives¹⁴¹⁰.

§ 3 *Forme*

- 931 La forme, le support utilisé, l'importance quantitative des CGA ne devraient pas influencer l'appréhension de clauses par la loi. On ne voit en effet pas de raisons de procéder ici à des distinctions. De plus, de telles restrictions permettraient de contourner aisément la loi.
- 932 Ainsi, la solution retenue par le droit français, qui semble ne s'appliquer qu'aux contrats écrits, n'est pas satisfaisante. Cette question peut sembler anecdotique au premier abord, tant il est vrai qu'un professionnel ne parviendra que très rarement à prouver le contenu d'une clause qui ne respecte pas cette forme. Il faut toutefois réserver le cas de contrats conclus téléphoniquement, dans lesquels il serait donné au client lecture des conditions contractuelles : si l'appel est enregistré¹⁴¹¹, l'utilisateur pourra bel et bien établir le contenu des CGA. Il se justifie donc de protéger la partie faible contre ce genre de contrats.

§ 4 *Conditions générales d'affaires*

I. **Notion**

1 *Généralités*

- 933 Le droit suisse actuel ne définit pas la notion de CGA. L'art. 8 LCD parle, sans plus de précisions, de « *conditions générales préformulées* ». L'inefficacité de cette disposition et l'attitude plus que réservée du TF en la matière n'ont pas donné l'occasion aux tribunaux de se prononcer clairement sur la question. Le droit français ne donne pas non plus de définition précise.
- 934 En revanche, le § 305 al. 1 BGB fixe des conditions claires, au nombre de quatre : il faut (1) une préformulation, (2) une absence de négociation (3) une utilisation pour un grand nombre de cas (qui n'est pas nécessaire lorsque le client est un consommateur) et enfin, (4) c'est l'utilisateur des CGA qui doit avoir proposé l'intégration de ces dernières. Le droit allemand constitue donc

¹⁴¹⁰ Voir en droit français les exemples fournis par HENRY, in : Code civil, 106^e édition, Paris 2007, art. 1135, n° 75.

¹⁴¹¹ Ce qu'autorise l'art. 179quinquies du Code pénal.

une base sur laquelle le droit suisse pourrait se fonder, en y apportant toutefois quelques nuances.

2 Eléments

2.1 Préformulation comme critère principal

- 935 C'est la préformulation qui permet l'usage de textes longs et complexes, que le client ne lira pas ou, du moins, ne pourra, la plupart du temps, pas comprendre. Ainsi, elle contribue largement à empêcher toute négociation (on ne saurait en effet tenter de négocier des clauses qu'on ne connaît pas ou qu'on n'a pas comprises). La préformulation est du reste nécessaire pour qu'on puisse parler d'impossibilité de négocier, puisque, en bonne logique, une clause doit forcément exister avant d'être l'objet d'une hypothétique négociation. C'est donc, à notre avis, la préformulation qui constitue le cœur de la notion de CGA.
- 936 Certes, il peut être malaisé, dans certains cas, de déterminer s'il y a préformulation ou non, en particulier lorsque des compléments sont apportés au texte originel. Toutefois, les nuances que fait le droit allemand en la matière (compléments dépendants et indépendants, ainsi que les critères utilisés pour conduire à l'une ou l'autre de ces qualifications) nous semblent pertinentes et aptes à résoudre ce genre de problèmes.

2.2 Grand nombre de cas

- 937 Il n'est pas nécessaire de faire dépendre la qualité de CGA à une (volonté d') utilisation pour un grand nombre de cas. En effet, il est très rare que cette condition ne soit pas réalisée, puisque la préformulation n'a guère d'intérêt si on n'en tire aucun effet de rationalisation. De plus, qu'un document contractuel soit utilisé une seule fois ou plusieurs ne modifie en rien la position de faiblesse du client vis-à-vis des clauses qui le composent ; en d'autres termes, ce critère n'est pas pertinent du point de vue du client.
- 938 Cela ne veut pas dire qu'il faut lui dénier toute importance. En effet, lorsque la même personne utilise de manière répétée les mêmes conditions contractuelles, cela devrait faire présumer (présomption réfragable) la préformulation.

2.3 Preuve de la possibilité de négocier

- 939 Lorsqu'un texte est considéré comme préformulé, celui qui en a fait usage devrait pouvoir démontrer qu'une (ou plusieurs) clause(s) le composant a (ont) été négociée(s). Dans ce cas, la qualification de CGA devrait être rejetée.

- 940 L'utilisateur des CGA devrait prouver cumulativement (1) qu'il était prêt à modifier la clause et (2) que le client avait conscience de cette possibilité ; peu importe alors que le client ait expressément refusé de modifier la clause en question ou non. La possibilité de négocier devrait être admise dans tous les cas où la modification d'une clause préformulée serait visible (clause biffée, modifiée de manière manuscrite). Dans les autres cas, il devrait être malaisé de rapporter de telles preuves.
- 941 A cet égard, la Dir. 93/13 devrait être suivie lorsqu'elle affirme que de la négociation d'une partie d'une clause ou d'une clause isolée ne doit pas être déduite la négociation de l'ensemble de la clause, respectivement de l'ensemble du contrat. Toutefois, on devrait pouvoir considérer, à l'instar d'une partie de la doctrine allemande¹⁴¹², que la modification sur plusieurs points centraux fait présumer la négociation de toutes les clauses importantes, voire toutes les clauses. En effet, de tels amendements au texte original démontrent bien que le client a pris connaissance des CGA et que son pouvoir de négociation était suffisamment fort pour lui permettre de discuter n'importe quel point du contrat.
- 942 Selon la conception défendue dans ce travail, l'absence de possibilité de négociation est une condition *sine qua non* pour qu'une clause puisse être examinée à l'aune de la législation à créer. Dès lors – et contrairement à ce que fait le projet de révision de la LIC (art. 20a al. 4 P CO) – il n'est pas nécessaire de préciser que les accords négociés de manière paritaire entre des organisations de fournisseurs et de consommateurs sont présumés ne pas contenir de clauses abusives.
- 943 Lorsqu'une clause est préformulée et que l'utilisateur des CGA ne parvient pas à prouver qu'il était disposé à la négocier, cela revient à dire qu'elle a été imposée unilatéralement. Aussi ce dernier élément, dont l'introduction est prévue par le projet de révision de la LIC (art. 10c P CO) est-il superflu.

2.4 Initiative de l'intégration

- 944 La question de la partie qui propose l'intégration est importante d'un point de vue conceptuel, puisque cette partie ne saurait remettre en question des clauses qu'elle a elle-même suggérées (interdiction de *venire contra factum proprium*). Toutefois, il nous semble que cette thématique a relativement peu d'intérêt pratique, à tel point que la loi ne devrait pas s'en préoccuper.

¹⁴¹² Cf. supra n° 591.

- 945 En effet, quand le client est un consommateur, et son partenaire contractuel un professionnel, il y a lieu de présumer (présomption simple) que c'est ce dernier qui a proposé les CGA. Lorsqu'un contrat est conclu entre deux consommateurs ou entre deux professionnels, il appartiendra à celui qui entend remettre en cause tout ou partie des CGA de prouver que c'est son cocontractant qui en a proposé l'intégration. Dans les contrats entre professionnels, cela devrait être relativement aisé et une telle preuve pourrait être rapportée indirectement, en établissant une utilisation régulière de mêmes conditions contractuelles. Il n'est pas exclu que les deux partenaires contractuels proposent conjointement une clause, auquel cas la loi proposée ne devrait pas s'appliquer, puisque cette clause ne présenterait aucun des dangers que constituent classiquement les clauses préformulées.
- 946 L'initiative de l'intégration ne joue à notre sens qu'un rôle tout à fait marginal. Le client ne devrait être dépourvu de la protection légale que dans l'hypothèse (rare) où lui-même ou ses auxiliaires sont à l'origine du texte préformulé. Cette solution tranchée éviterait également de devoir définir la notion de « tiers neutre » que connaît (implicitement)¹⁴¹³ le droit allemand.

§ 5 *Types de clauses exclues*

I. **Clauses reflétant des dispositions légales**

- 947 Il nous paraît normal que le juge ne puisse pas déclarer abusives des clauses reprenant le texte légal, fût-il de nature dispositive. Car cela reviendrait, indirectement du moins, à censurer le législateur. De plus, il est raisonnable de penser que ce dernier a édicté des normes équilibrées. Enfin, dans bien des cas, la lacune créée par la suppression de la clause jugée abusive serait précisément remplacée par le droit dispositif. Ce raisonnement vaut par analogie pour les règles d'origine jurisprudentielle.
- 948 Toutefois, cela ne doit valoir que pour les règles qui s'appliqueraient au contrat en question en l'absence de stipulation contractuelle à ce sujet. Devraient en particulier être contrôlables les clauses rendant applicable contractuellement à tel type de contrat une règle que la loi prévoit pour un autre type de contrat : sorties de leur contexte, ces dispositions peuvent devenir un corps étranger susceptible de causer d'importants déséquilibres contractuels. Il convient aussi de réserver les cas dans lesquels le contrat, dans son ensemble, serait agencé de manière si différente du modèle imaginé par le

¹⁴¹³ § 310 al. 3, ch. 3 BGB, en relation avec § 305 al. 1 BGB.

législateur pour ce type de contrat, que les normes légales issues de ce modèle auraient, dans ce contexte, un rôle bien différent de celui qui leur était assigné.

- 949 Pour le surplus, l'analyse du droit allemand démontre que de nombreuses questions se posent en pratique, notamment lorsque la disposition légale reprise est si imprécise qu'elle doit de toute manière être complétée par les parties ou lorsque l'utilisateur des CGA procède à un choix entre les différentes possibilités laissées ouvertes par la loi. Cette même analyse montre également que les tribunaux sont tout à fait aptes à appréhender ces questions de manière satisfaisante et pragmatique.
- 950 Cette limitation du champ d'application de la loi ne nous semble pas avoir une grande importance pratique, puisque les clauses susceptibles de s'avérer abusives dérogent en principe au texte légal. Seules les hypothèses qui viennent d'être mentionnées ci-dessus peuvent poser des problèmes que la jurisprudence devrait être à même de déceler et de résoudre de manière satisfaisante en l'absence de disposition légale expresse. Du reste, il est intéressant de constater que le législateur français n'a pas introduit cette restriction.

II. Clauses relatives à l'objet principal du contrat

- 951 La conception du droit allemand, selon laquelle il ne revient pas au juge de dire ce que « veut véritablement » le client, ne peut être qu'approuvée. Affirmer le contraire reviendrait à conférer beaucoup trop de pouvoir à des tribunaux qui, manquant de points de repère, seraient bien démunis pour ce faire. Qui plus est, une intervention judiciaire sur ce point n'est en principe pas nécessaire puisqu'il s'agit des seules clauses contractuelles auxquelles le client accorde généralement son attention ; et s'il ne le fait pas, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même et ne saurait exiger du juge qu'il pallie une telle défaillance.
- 952 Toutefois, cette position doit être nuancée en ce sens que doivent être contrôlables, comme l'affirme le BGH, les clauses qui s'écartent des prestations principales dues, pour le contrat en cause, en vertu de la loi ou des règles de la bonne foi. Cette précision est très importante, puisque de telles clauses sont typiquement celles susceptibles de nuire le plus fortement au client.
- 953 Reste à savoir comment définir l'objet principal du contrat. La notion d'*essentialia negotii* ainsi que celle, plus intuitive mais vraisemblablement pas bien différente, de RIESENHUBER, qui considère qu'il s'agit de « *ce que le*

consommateur reçoit pour son argent»¹⁴¹⁴, nous semble préférable à l'opinion selon laquelle il s'agit de toutes les circonstances qui permettent au client de faire son choix entre plusieurs prestations comparables, plus large, mais aussi plus floue et plus subjective.

- 954 L'exclusion des clauses relatives à l'objet principal du contrat semble tellement aller de soi qu'il ne se justifie pas de la faire figurer dans la loi : jusqu'ici, nos tribunaux ont toujours refusé d'instaurer un contrôle du contenu digne de ce nom en matière de CGA, alors que la doctrine les y incitait fortement. Cela dénote un grand respect de la liberté contractuelle. Remettre en question des clauses sur l'objet principal du contrat constituerait dès lors un changement radical d'attitude qu'une législation en matière de CGA ne saurait à notre sens provoquer.
- 955 En outre, le plus souvent, les clauses sur l'objet principal du contrat figurent dans un accord individuel et pas dans les CGA. L'enjeu de la problématique discutée ici est donc limité, ce qui milite également contre la mention expresse de celle-ci dans la loi. Cela est d'autant plus vrai que si de telles clauses sont préformulées, elles seront fréquemment contraires à un accord particulier et de ce fait inefficaces sans qu'il faille s'interroger sur d'éventuelles limitations au contrôle du contenu.
- 956 Enfin, si le client entend remettre en cause une clause portant sur l'objet principal du contrat, il pourra invoquer les règles sur l'erreur essentielle ou le dol, qui s'appliquent également aux CGA.

III. Rapport entre prix et prestation

- 957 Un contrat ne comprend en règle générale pas de clause particulière traitant du rapport entre le prix et la prestation ; en revanche, presque toute clause est propre à d'affecter le prix ou la prestation et donc, indirectement, le rapport entre les deux. Il ne saurait évidemment être question d'exclure du champ d'application de la loi les clauses ayant une influence sur le prix ou sur la prestation qui en est la contrepartie, sous peine de rendre sans objet le contrôle du contenu¹⁴¹⁵.
- 958 En tout état de cause, des CGA peuvent contribuer à rendre un contrat lésionnaire. On ne voit pas pourquoi cette institution s'appliquerait différem-

¹⁴¹⁴ N° 607.

¹⁴¹⁵ Autre est la question de savoir si le rapport entre la prestation et le prix doit être pris en compte pour apprécier le caractère abusif d'une clause ; cette question sera traitée plus loin. Cf. infra n° 1029.

ment selon que le déséquilibre caractérisé qu'elle suppose trouve sa source dans des clauses ayant fait l'objet d'un accord individuel ou non.

IV. Contrats relevant du droit du travail, des successions, de la famille, des sociétés ?

1 En général

- 959 Le droit français, à l'instar de la Dir. 93/13, exclut de son champ d'application les contrats relevant de ces domaines. Le droit allemand, pour sa part, englobe le droit du travail, tout en précisant qu'il faut tenir compte des particularités propres à ce type de contrats.
- 960 La Dir. 93/13 semble exclure ces contrats – dans un de ses considérants seulement et pas dans son texte même – du champ d'application de la loi parce que ceux-ci ne sont pas conclus entre un consommateur et un professionnel. Etant donné que, selon nous, tout contractant doit être protégé, cette argumentation tombe à faux.
- 961 La première question à se poser est bien plutôt celle de savoir si de tels contrats peuvent contenir des clauses entrant dans la catégorie des CGA. On ne voit pas pourquoi cela serait exclu. L'étape suivante du raisonnement consiste à se demander si, lorsque tel est le cas, de telles clauses présentent les mêmes dangers que dans d'autres contrats.
- 962 La réponse est affirmative, du moins selon l'opinion défendue dans ce travail, qui considère que la présence de CGA fait présumer la faiblesse de celui à qui celles-ci sont destinées. Ce qui distingue les contrats relevant des domaines précités des autres est qu'il n'est pas fréquent de passer de tels contrats et que – ces deux éléments sont liés, du moins partiellement –, de par leur objet, ceux-ci revêtent en général une importance toute particulière pour qui les conclut. De cette dernière observation, on pourrait déduire qu'il incombe à celui qui s'apprête à conclure un tel contrat de se renseigner de manière approfondie sur les droits et obligations que lui confère le document qu'il est censé signer. Mais ce n'est là qu'un aspect de la problématique et cela ne garantit aucunement la possibilité d'avoir une influence sur le texte en question. Dès lors, l'argument tiré de l'importance de tels contrats est réversible et on peut considérer que cette dernière devrait précisément inciter à protéger correctement la partie faible. Ne pas exclure ces domaines particuliers favoriserait également l'unité de notre droit privé, argument d'ailleurs utilisé en Allemagne pour soumettre le droit du travail aux §§ 305 ss BGB.

2 *Droit du travail*

- 963 Il nous semble qu'un argument supplémentaire milite pour l'intégration du droit du travail dans la loi à créer. Ce domaine présente en effet de grandes similitudes avec le droit du bail : dans l'un et l'autre cas, le législateur a instauré une législation complète et le plus souvent impérative, considérant qu'une des parties est systématiquement en position de faiblesse dans un contrat qui est pour elle d'une importance vitale. La protection de la partie faible a du reste également des incidences au niveau procédural, dans les deux cas. Ces parallèles sont si grands qu'il se justifie de traiter ces domaines de la même manière. En d'autres termes, il sied soit de les soustraire tous deux à la loi, en partant du principe que les dispositions impératives suffisent à éviter tout risque d'abus, soit de les inclure toutes deux dans le champ d'application de la loi. La première solution nous paraît peu opportune puisque, tant en France qu'en Allemagne, il est fréquent de rencontrer des clauses abusives dans des contrats de bail.
- 964 Au demeurant, exclure certains domaines du droit peut poser des problèmes de délimitation dans des contrats où se mêleraient des aspects appartenant à des branches du droit différentes.
- 965 Des considérations liées à la sécurité du droit s'opposent également à toute mesure intermédiaire, comme celle qu'institue la loi allemande lorsqu'elle prévoit qu'il faut tenir compte, de *manière appropriée*, des *spécificités* des contrats relevant du droit du travail. En effet, ni la jurisprudence ni la doctrine ne semble être parvenue à donner un sens à ces éléments. Ceux-ci ne devraient donc pas figurer dans la loi, au risque de donner lieu à de trop importantes controverses. Il ne devrait cependant pas être interdit au juge de tenir compte, dans une certaine mesure et dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, d'éventuelles particularités liées à ce domaine juridique.

Chapitre 4 : Intégration

§ 1 *Généralités*

§ 2 *Nécessité et importance pratique*

- 966 Des règles sur l'intégration sont nécessaires dans tout système de lutte contre les clauses abusives, même lorsqu'un contrôle du contenu est institué. Preuve en est que la Dir. 93/13 évoque cette question (de manière non contraignante il

est vrai, puisque seulement dans un considérant et dans l'annexe¹⁴¹⁶), quand bien même celle-ci, en tant que règle sur le consentement, relève de la théorie générale du droit des contrats, domaine dans lequel la Communauté ne dispose d'aucune compétence. Preuve en est aussi que les tribunaux français ont développé des règles à ce sujet, que le législateur avait totalement négligées. En outre, des règles d'intégration sont déduites des art. 8 et 14 ss. CVIM¹⁴¹⁷

- 967 La question de l'intégration a une importance pratique considérable, puisque, si le client parvient à démontrer que telle ou telle clause n'est pas intégrée, celle-ci est tout bonnement nulle, sans qu'il soit question de la modérer ; qui plus est, si le contrat comprend plusieurs clauses préformulées, le non respect de certaines conditions posées par les droits suisse et allemand a pour conséquence qu'aucune de ces clauses ne sera incorporée. En d'autres termes, un défaut d'intégration est susceptible d'affecter l'ensemble des CGA. Dès lors, il va sans dire que le client a tout intérêt à contester que ces conditions sont réalisées et que, s'il y parvient, l'utilisateur des CGA s'en trouvera fortement pénalisé. Il est donc nécessaire de poser des exigences claires en la matière qui devraient, pour l'essentiel en tout cas, figurer dans la loi.
- 968 La loi allemande pose deux conditions de base, que l'on retrouve, en bonne partie, dans la jurisprudence du TF. Il s'agit du renvoi aux CGA et de la possibilité de prendre connaissance de celles-ci. Les quelques arrêts français en la matière peuvent également être systématisés de cette manière. En revanche, il ne nous paraît pas opportun de prévoir, contrairement à ce que fait la loi allemande (et le projet de révision de la LIC¹⁴¹⁸), que le client doit se déclarer d'accord avec les CGA. Si les conditions d'intégration sont remplies et que le client signe le contrat principal, il est selon nous irréfablement présumé accepter les CGA.

§ 3 *Renvoi*

- 969 Il est évident que tout renvoi doit être clair, en ce sens qu'il doit indiquer sans ambiguïté la présence de CGA. Ce sont surtout des aspects formels qui posent problème ici. On pense en particulier à l'emplacement de la clause de renvoi et à sa typographie. Il est difficile de fixer des règles précises et exhaustives, tant les cas de figure possibles sont nombreux. Mais il nous semble que certains critères simples à mettre en œuvre sont pertinents. Il en va ainsi de

¹⁴¹⁶ Lettre i).

¹⁴¹⁷ THOMAS KOLLER, p. 236.

¹⁴¹⁸ Art. 10c al. 1 P CO.

l'emplacement par rapport à la signature, auquel tant la doctrine helvétique¹⁴¹⁹ que les tribunaux français¹⁴²⁰ accordent une certaine importance.

- 970 Se pose la question de savoir si le renvoi doit être exprès. La loi allemande répond par l'affirmative. Le droit suisse admet exceptionnellement l'intégration tacite, mais les avis sont divisés quant à savoir à quelles conditions. Pour le TF, il y a intégration tacite lorsque le client est un professionnel et qu'il sait que son partenaire contractuel ne passe pas de convention sans utiliser des CGA.
- 971 L'exigence d'un renvoi exprès semble appropriée. En effet, elle permet – du moins si on exige un renvoi clair et bien visible – de s'assurer pleinement que le client a eu connaissance de l'existence de CGA. Une telle exigence n'est en outre pas problématique pour l'utilisateur des CGA, puisqu'elle est simple et facile à mettre en œuvre (c'est d'autant plus vrai depuis qu'il est possible d'envoyer un tel document de manière électronique, démarche simple qui ne coûte presque rien et dont les effets sont immédiats ; qui plus est, l'utilisateur des CGA peut demander un « accusé de réception »). Enfin, elle clarifie la situation puisque, dès lors qu'elle est respectée, le client ne pourra en aucun cas prétendre ignorer que le contrat inclut des clauses préformulées.
- 972 Toutefois, l'invocation de l'absence de caractère exprès du renvoi pourrait être considérée, dans certains cas, comme un abus de droit. Il en irait certainement ainsi dans les circonstances dans lesquelles le TF admet l'intégration tacite. Cependant, une intégration tacite ne devrait pas être totalement exclue lorsque le client est un consommateur, même s'il convient de faire preuve ici d'une grande retenue. Cette solution nous paraît garante d'une certaine souplesse, et tout à fait acceptable en termes de sécurité du droit, tant il est vrai que l'abus de droit est une institution éprouvée.
- 973 La possibilité de procéder à un affichage bien visible lorsqu'un renvoi exprès ne saurait, pour des raisons pratiques, être exigé de l'utilisateur des CGA est, à raison, admise par la loi allemande. Il ne nous semble pas nécessaire que cette exception, qui découle du bon sens, soit inscrite dans la loi. Car – du moins à condition que cet affichage soit bien visible – cette variante ne péjore en rien la situation du client.

¹⁴¹⁹ Cf. supra n° 40.

¹⁴²⁰ Cf. supra n° 447.

§ 4 Possibilité de prendre connaissance des CGA

974 Ce point comprend deux aspects. Cela est vrai aussi bien pour le droit allemand que pour le droit suisse *de lege lata*. D'une part, le client doit avoir facilement la possibilité de consulter les clauses préformulées. D'autre part – et cet aspect est plus complexe et plus problématique – les CGA doivent être relativement compréhensibles.

I. Consultation des clauses

975 La possibilité raisonnable que doit avoir le client de consulter ces dernières est le complément nécessaire du renvoi exprès. La solution la plus simple pour permettre au client de consulter les CGA est de les lui remettre. Certains auteurs suisses estiment du reste que ce devrait être là une condition *sine qua non* quand le client est un consommateur. Nous nous demandons s'il ne conviendrait pas d'aller plus loin et de généraliser cette exigence. La remise d'un texte préformulé ne constitue ni perte de temps ni coûts importants lorsque les cocontractants se trouvent physiquement dans le même lieu ; cette réserve d'ordre géographique est même rendue caduque par l'avènement de nouvelles technologies, aujourd'hui largement utilisées. Ainsi, en cas de conclusion de contrat à distance, il ne paraît pas exagéré d'exiger de l'utilisateur des CGA qu'il transmette, dans tous les cas, avant la conclusion du contrat, ce document contractuel par SMS ou, mieux encore, par courrier électronique. Ces moyens permettent une transmission quasi-instantanée, sûre et peu coûteuse. Le non envoi ne serait pas sanctionné dans l'hypothèse où l'utilisateur des CGA pourrait prouver que le client a spontanément et expressément refusé cette démarche, par exemple parce qu'il la jugeait inutile.

976 La remise des CGA ayant pour objectif de favoriser la connaissance du contenu des CGA et non d'instituer à tout prix un certain formalisme, l'utilisateur des CGA devrait être admis à prouver – ce qui ne sera pas aisé – que le client, bien qu'il n'ait pas reçu les CGA lors de la conclusion du contrat dont l'un ou l'autre point s'avère litigieux, connaissait bel et bien la teneur de telle ou telle clause préformulée. Cette connaissance pourrait être déduite de rapports contractuels antérieurs à celui litigieux.

977 La remise des CGA résoudrait les problèmes liés aux contrats conclus par téléshopping, même si elle compliquerait légèrement les démarches à accomplir par le client, qui devrait confirmer son acceptation de l'offre après réception des CGA. Elle serait également plus favorable au client qui contracte sur internet, lequel disposerait alors, de manière certaine, du texte valable au moment de la conclusion du contrat. Car si l'on se satisfait de la possibilité de lire les CGA disponibles « *on line* », le client qui omet de les

imprimer pourra éprouver des difficultés à en établir le contenu déterminant si, entre le moment de la conclusion du contrat et la survenance d'un litige, ces conditions ont été modifiées.

- 978 Il est vrai qu'une partie de la population – il est ici question des clients et pas des utilisateurs de CGA – n'est pas accoutumée à ces nouvelles technologies ou ne dispose pas des moyens techniques nécessaires ; dès lors, il est peut-être prématuré d'imposer la solution préconisée ci-dessus. En d'autres termes, il est peut-être indiqué de s'en remettre, pour quelques années encore, au critère de la possibilité de prendre raisonnablement connaissance des CGA, plus flou et moins protecteur que celui proposé mais dont l'usage en droit allemand, indiscuté sur le principe, démontre qu'il est tout à fait praticable.

II. Caractère compréhensible des clauses

- 979 Une partie de la doctrine suisse est d'avis que, lorsque le client est un consommateur, l'emploi d'expressions juridiques, des renvois à la loi sans plus d'explications ou encore l'utilisation d'une langue qui n'est pas familière au client empêche l'intégration de clauses affectées de tels «vices»¹⁴²¹. La loi allemande exige pour sa part que les clauses soient compréhensibles. Doctrine et jurisprudence estiment que cette exigence n'est pas satisfaite lorsqu'une autre langue que l'allemand est utilisée, mais aussi quand la longueur des CGA est trop importante, quand la structure de celles-ci est inexistante ou illogique, quand il est fait usage, alors que cela est inutile, d'expressions juridiques ou de renvois à la loi ou encore quand la typographie de la clause rend plus difficile sa compréhension¹⁴²².
- 980 A notre avis, il convient ici de se montrer prudent, parce que ces exigences se rapprochent beaucoup de celles dites de « transparence ». Par conséquent, les mêmes réserves sont de mise que celles formulées à l'encontre de cette dernière institution¹⁴²³, dont on se contentera ici de rappeler qu'elles tiennent, en substance, à l'inadéquation entre le caractère flou des obligations imposées à l'utilisateur des CGA et la lourdeur de la sanction au cas où celles-ci seraient violées.
- 981 Dès lors, s'agissant des questions considérées comme problématiques en Suisse et en Allemagne, seuls les cas manifestes devraient conduire à l'absence d'intégration. Si, véritablement, ces manquements rendent une clause obscure au point que le client type concluant un tel contrat, après avoir

¹⁴²¹ Cf. supra n° 43.

¹⁴²² Cf. supra n° 607.

¹⁴²³ Cf. supra n° 875 ss.

pris le temps de la lire attentivement et de réfléchir à son contenu, ne parvient pas à en dégager un sens possible, cette clause doit alors être considérée comme non incorporée. Car, en une telle hypothèse, la situation est véritablement comparable à celle dans laquelle se trouve un client qui n'aurait pas accès aux clauses préformulées.

- 982 Si en revanche ce client peut raisonnablement donner plusieurs sens à une clause peu claire, l'interprétation *contra stipulatorem* entre en jeu qui – surtout si on en retient la version « *kundenfeindlich* » comme nous le préconisons¹⁴²⁴ –, associée au contrôle du contenu, permettra d'éradiquer en principe toute clause trop défavorable. S'agissant de la langue utilisée, il nous semble que celui qui conclut un contrat comprenant des CGA rédigées dans une langue qu'il ne maîtrise pas, prend un risque qu'il ne saurait reporter sur son partenaire contractuel.

§ 5 Conséquences d'un défaut d'intégration

- 983 La non intégration d'une ou plusieurs clauses ne pose pas de problème particulier. En effet, dans une telle hypothèse, il n'y a tout simplement pas eu, sur les points en question, d'accord entre les parties. Par conséquent, les art. 1^{er} et 2 CO s'appliquent. Tout au plus convient-il de préciser que l'utilisateur des CGA ne saurait se prévaloir de la non intégration de ses clauses : cela constituerait en effet clairement une attitude contradictoire (*venire contra factum proprium*).

Chapitre 5 : Interprétation *in dubio contra stipulatorem*

§ 1 Généralités

- 984 Présente dans la Dir. 93/13 et donc nécessairement dans les droits allemand et français, cette méthode d'interprétation est aussi connue du droit suisse, bien que dépourvue, dans ce dernier cas, de base législative. Elle est donc incontestée dans son principe. Toutefois, son application soulève deux questions, à savoir son caractère subsidiaire ou non et le sens exact qu'on lui donne (« *kundenfeindliche Auslegung* » ou non).
- 985 Ce principe est le seul qui devrait figurer dans la loi. Il est inutile de mentionner – comme le fait le projet de révision de LIC (art. 18a P CO) – que,

¹⁴²⁴ Cf. infra n° 987 ss.

sauf preuve du contraire fournie par l'utilisateur des CGA, le langage courant est déterminant. En effet, d'une part, cette question n'est pas suffisamment importante pour être inscrite dans le texte légal. D'autre part, cela est admis par la jurisprudence et la doctrine¹⁴²⁵.

§ 2 *Caractère subsidiaire*

- 986 Il faut tout d'abord se demander si ce principe doit être appliqué d'emblée quand plusieurs sens peuvent être attribués à une clause ou si, au contraire, il faut que subsiste une ambiguïté – en d'autres termes, que deux interprétations au moins soient soutenables – après la mise en œuvre de tous les moyens classiques d'interprétation. Le droit français, contrairement aux droits suisse et allemand, ne rejette pas catégoriquement la première solution. Cette opinion est peu convaincante. Elle obligerait l'utilisateur des CGA à rédiger des clauses dont le sens serait si évident qu'aucun doute ne serait permis. Cela nous semble irréalisable et le principe serait dès lors bien trop défavorable à l'utilisateur des CGA, d'autant plus que le client serait clairement incité à rechercher systématiquement une ambiguïté pour en tirer profit. La sécurité du droit serait dès lors considérablement mise à mal. De plus, cela reviendrait à fouler aux pieds les principes de la confiance et de la fidélité contractuelle. Ces deux dernières remarques sont d'autant plus justifiées eu égard à la manière dont nous répondons à la seconde question, qui donne une grande portée au principe de l'interprétation *contra stipulatorem*.

§ 3 *Interprétation « kundenfeindlich »*

- 987 La seconde question consiste à se demander s'il conviendrait d'adopter l'interprétation dite « *kundenfeindlich* », soit de rechercher d'abord un sens possible si défavorable au client qu'il rende la clause abusive, l'interprétation la plus favorable (au sens habituel du terme) n'intervenant alors qu'à titre subsidiaire. La jurisprudence helvétique ne fait, semble-t-il, pas application de ce type d'interprétation. Le seul auteur suisse qui, à notre connaissance, évoque cette problématique répond par l'affirmative, sans guère motiver sa position¹⁴²⁶.
- 988 Nous approuvons cette opinion. En effet, cette manière d'interpréter les CGA, combinée avec le contrôle du contenu, permet de sanctionner de manière adéquate l'utilisateur des CGA qui entendrait tirer avantage de clauses plus floues que nécessaire – et par là susceptibles de dérouter, tromper le client ou

¹⁴²⁵ Cf. supra n° 57.

¹⁴²⁶ HENNINGER, p. 136.

encore décourager celui-ci d'agir –, notamment trop largement rédigées, sans passer par une notion aussi incertaine que la transparence.

- 989 L'arrêt dans lequel la Cour de cassation déclare nulle la clause précisant les conséquences de la non restitution ou de la détérioration d'une pellicule photo, au motif que le consommateur pouvait comprendre que la faculté de négocier portait sur le prix de la prestation et non sur l'indemnisation du préjudice, peut servir d'exemple. En effet, cet arrêt a été analysé en rapport avec la violation de l'obligation de transparence¹⁴²⁷ ; en réalité, la Cour de cassation ne fait – sans le dire et, peut-être, sans le savoir – qu'une interprétation « *kundenfeindlich* » de cette clause.
- 990 Les avantages de cette méthode, par rapport à l'obligation de transparence, sont de deux ordres. D'une part, elle comporte deux étapes claires, soit l'interprétation au sens du principe de la confiance et l'interprétation *contra stipulatorem*, toutes deux ayant un contenu bien déterminé. D'autre part, elle permet de ne pas déconnecter une sanction aussi lourde que la nullité de la clause du caractère abusif de celle-ci, cette dernière qualification nécessitant une véritable pesée d'intérêts. Elle n'est donc pas aussi draconienne pour l'utilisateur des CGA que l'exigence de transparence, à la fois floue et susceptible d'anéantir une clause sans examen de fond et donc sans que celle-ci, par ses effets, n'affecte forcément la position juridique du client. En fin de compte, cette manière de procéder, qui revient à assimiler le manque de transparence à l'ambiguïté, incite fortement l'utilisateur des CGA à rédiger des clauses suffisamment claires sans le pénaliser inutilement ; elle est également satisfaisante en termes de sécurité du droit. Qui plus est, elle évite de multiplier les instruments de lutte contre les clauses abusives, et ainsi des problèmes de délimitation et de conflits entre eux.
- 991 En revanche, ce type d'interprétation pourrait devenir dangereux sans le garde-fou, prévu par le droit allemand, selon lequel tout doute purement théorique ne suffit pas. A défaut d'une telle précision, la « *kundenfeindliche Auslegung* » pourrait avoir des effets bien trop importants.
- 992 Dans les limites qui viennent d'être mentionnées, l'interprétation « *kundenfeindlich* » n'est pas trop rigoureuse pour l'utilisateur des CGA. En effet, celui-ci a toutes les cartes en main pour éviter que ses clauses ne doivent faire l'objet de cette méthode d'interprétation. Il a le temps de rédiger ses conditions contractuelles et on peut raisonnablement attendre de lui qu'à cet effet il s'assure le concours d'un juriste. Pour ce dernier, rédiger une clause suffisamment claire pour ne pas être interprétée à l'encontre de son auteur ne

¹⁴²⁷ PAISANT, l'ambiguïté, p. 1960.

devrait pas être une tâche insurmontable. En effet, les différentes méthodes d'interprétation des contrats constituent un « test » relativement fiable.

- 993 Vu les particularités de l'interprétation « *kundenfeindlich* » et eu égard au fait que celle-ci n'est pas utilisée actuellement en Suisse, il nous paraît indispensable que le principe de l'interprétation *contra stipulatorem*, dont elle est un des sens possibles, soit inscrit dans la loi – dans son principe seulement, à l'instar du droit allemand, et non de manière détaillée. Ainsi, cette manière, un peu singulière au premier abord, d'interpréter les CGA, pourrait être rattachée au texte légal¹⁴²⁸.
- 994 L'interprétation dite « restrictive » n'a pas lieu d'être, à tout le moins si l'on admet l'interprétation *contra stipulatorem* comme on le suggère ici. Car, d'une part elle nous semble un peu floue. En effet, rien ne permet de dire *jusqu'à quel point* il faut se montrer restrictif dans l'interprétation ; si dans certains cas la réponse ira de soi, il nous semble que parfois, la limite sera difficile à tracer. De plus, l'interprétation *contra stipulatorem*, telle qu'elle est envisagée ici, est déjà – même si, par ailleurs, ce n'est pas là forcément son but premier – passablement protectrice de la partie faible. Lui adjoindre celui de l'interprétation restrictive constitue dès lors une complication inutile.

Chapitre 6 : Priorité des conventions individuelles

§ 1 Généralités

- 995 La règle de la priorité des clauses individuelles est essentielle dans un système de lutte contre les clauses abusives. Elle vise deux objectifs. D'une part, elle permet de clarifier la situation lorsque la contradiction est en quelque sorte fortuite, résultant de la méconnaissance ou de la négligence de l'utilisateur des CGA qui omet de supprimer la clause préformulée. D'autre part, elle empêche ce dernier de restreindre, par des clauses préformulées – et donc de manière quelque peu sournoise –, la portée des obligations qui résultent de l'accord individuel.
- 996 La règle de la priorité des conventions individuelles est bien établie en droits allemand et suisse. Elle ne l'est en revanche pas en droits communautaire et français. Toutefois, il ne faut pas voir là le rejet de ce principe ; il faut en effet

¹⁴²⁸ La mention expresse, dans une disposition spéciale sur les CGA, de l'interprétation *contra stipulatorem*, ne devrait pas empêcher l'application généralisée (fondée sur l'art. 2 CC [voir HONSELL, BaKomm, art. 2 CC, n° 14]) de ce principe – dans son acception « classique », soit « *kundenfreundlich* » – aux clauses ne revêtant pas le caractère de CGA.

se souvenir que, dans ces deux derniers systèmes, il n'y a pas, d'un point de vue théorique, de véritable opposition entre clauses préformulées et accords individuels.

§ 2 *Fondement dogmatique*

- 997 En Allemagne, le fondement dogmatique de la règle de la priorité fait débat. Certains pensent que les clauses préformulées contraires à des accords individuels ne sont pas intégrées parce que surprenantes ; vu l'avis défendu dans ce travail, selon lequel le caractère surprenant d'une clause ne saurait s'opposer à son intégration¹⁴²⁹, cette position ne peut être suivie. Est-ce à dire que nous nous rallions à l'hypothèse formulée par l'autre courant doctrinal allemand, selon lequel il s'agit d'un problème d'interprétation ? La réponse est négative, tant il est vrai que cette opinion a la désagréable conséquence de « faire renaître » la clause préformulée au cas où l'accord individuel s'avérerait inefficace.
- 998 Il nous semble plus approprié de considérer simplement, comme le fait la doctrine suisse, que la règle de la priorité des conventions individuelles trouve ses origines dans le principe de la confiance, ou encore – ces deux hypothèses ne s'excluant pas réciproquement – que l'utilisateur des CGA qui entendrait faire prévaloir une clause préformulée contraire à un accord individuel violerait l'interdiction de *venire contra factum proprium*.
- 999 Ces affirmations, plus générales, devraient permettre de déterminer de manière pragmatique si et dans quelle mesure une clause préformulée doit être considérée lorsque la clause individuelle à laquelle elle déroge s'avère inefficace. A cet égard, il faut rappeler ici que, de manière générale, le juge suisse, en présence d'une clause inefficace, remplace cette dernière par celle admissible qui lui est la plus proche. Cette solution devrait également s'appliquer dans le cas qui nous occupe. La mise à l'écart totale de la clause préformulée, que cela peut supposer, n'a rien de choquant. En effet, il est admis que ce type de clauses n'est en général pas lu par le client, sans que l'on puisse lui en tenir rigueur. Dès lors, en termes de consentement, la clause originelle, en dépit des vices qui peuvent l'affecter, a plus de valeur qu'une clause préformulée. Cette dernière affirmation n'est évidemment pas valable si, précisément, c'est un vice du consentement qui est à l'origine de la suppression de la clause individuelle. Dans ce cas, il faudrait, nous semble-t-il, rechercher la volonté hypothétique des parties.

¹⁴²⁹ Cf. supra n° 885 ss.

§ 3 *Portée*

1000 Il est juste de conférer une large portée au principe de la priorité des clauses individuelles. La connaissance, par les parties, de la divergence, n'est pas un critère pertinent. L'utilisateur des CGA ne devrait, de toute manière, en aucun cas pouvoir prétendre ignorer la contradiction. Quant au client, on ne devrait pas pouvoir lui faire grief de ne pas avoir remarqué la divergence, puisqu'on ne peut en général pas lui reprocher de ne pas avoir lu intégralement les CGA. S'il est conscient de la divergence, il sied de ne pas le pénaliser pour ne pas avoir exigé la suppression de la clause préformulée. Car cela reviendrait à placer le client attentif dans une plus mauvaise situation que celui qui ne se soucie pas des CGA de son partenaire contractuel, ce qui n'est évidemment pas le but d'une législation contre les clauses abusives.

1001 Le moment où survient l'accord individuel ne doit jouer aucun rôle. Si un accord individuel préexiste, une clause préformulée n'est pas suffisamment forte, en termes de consentement, pour s'y substituer. A l'inverse, si un point n'était réglé que par une clause préformulée, un accord individuel est, à l'évidence, à même de remplacer la convention antérieure.

1002 Enfin, que la contradiction soit manifeste ou non n'a pas d'importance. Il va de soi qu'au cas où une contradiction entre une clause individuelle et une clause préformulée est suspectée, l'une et l'autre devront être interprétées et que seul le résultat de cette analyse déterminera s'il y a contradiction ou non.

1003 Dans l'hypothèse – tout à fait particulière et fort rare – où la clause préformulée serait plus favorable au client que l'accord individuel, ce dernier devrait également prévaloir. Celui-ci ayant été négocié, le client en a forcément eu connaissance et en a accepté le contenu ; le client ne saurait donc le remettre en cause ultérieurement – sauf, bien entendu, à invoquer avec succès un motif particulier reconnu par le droit civil au sens classique.

§ 4 *Clause de forme écrite*

1004 La clause de forme écrite est problématique en ce qu'elle permet de contourner la règle de la priorité des accords individuels en ignorant une telle convention si celle-ci ne revêt pas la forme écrite. Elle ne devrait être admissible que si elle a fait l'objet d'un accord individuel. En effet, les principes applicables en matière de CGA – auxquels appartient précisément la règle de la priorité des accords individuels – n'auraient aucune efficacité s'ils pouvaient être modifiés par une clause préformulée.

- 1005 On pourrait aussi justifier la nullité d'une clause de forme écrite préformulée par l'abus de droit que commettrait l'utilisateur des CGA qui accepterait dans un premier temps une modification non écrite, pour ensuite en nier l'efficacité en se fondant sur une clause dont il sait que, selon toute vraisemblance, son partenaire contractuel n'en avait même pas connaissance. Cela vaut d'autant plus dans les cas où l'initiative d'une modification contractuelle reviendrait à l'utilisateur des CGA.
- 1006 Une telle solution peut paraître un peu trop absolue. Toutefois, elle ne péjore pas véritablement la position de l'utilisateur des CGA qui, au cas où se pose concrètement la question d'un accord ultérieur, peut d'emblée informer son partenaire contractuel qu'il subordonnera celui-ci à la forme écrite. On pourrait également se servir des vices du consentement et de la *culpa in contrahendo*.
- 1007 Certes, l'absence de clause de forme écrite implique le risque que les auxiliaires de l'utilisateur des CGA engagent valablement ce dernier en acceptant, en dépit des instructions reçues, des modifications ne respectant pas la forme écrite. Toutefois, étant donné qu'il appartient à l'utilisateur des CGA, et à lui seul, de faire en sorte que cela ne se produise pas, celui-ci ne devrait pas pouvoir reporter ce risque sur le client.
- 1008 Dénier toute efficacité à une clause de forme écrite préformulée est également une meilleure solution, en termes de sécurité du droit, que celle retenue en droit allemand, qui consiste à dire que, dans certains cas, la clause de forme écrite peut être abusive. Car ni la jurisprudence ni les auteurs ne se sont mis d'accord quant aux critères à utiliser pour en juger.

§ 5 *Inutilité d'un ancrage législatif*

- 1009 En droit suisse *de lege lata*, le principe de la priorité des conventions individuelles n'est pas inscrit dans la loi, contrairement à ce qui prévaut en Allemagne.
- 1010 La prépondérance des accords individuels est pourtant incontestée dans notre pays. Cela n'est d'ailleurs nullement étonnant, puisque ce principe relève du bon sens le plus élémentaire et du respect de la hiérarchie des normes¹⁴³⁰. Dès lors, le faire figurer dans la loi n'apporterait rien. Cela ne ferait qu'alourdir inutilement le texte légal, ce qui doit être évité.

¹⁴³⁰ Cf. supra, n° 59.

Chapitre 7 : Contrôle du contenu

§ 1 Clause générale

I. Généralités

1011 Le contrôle du contenu ne peut se faire sans clause générale. Cette manière de procéder évite en effet des lacunes que créerait nécessairement une disposition légale plus spécifique. Une clause générale a également une portée symbolique non négligeable : elle démontre clairement l'intention du législateur.

1012 Si elle est un instrument nécessaire de la lutte contre les clauses abusives, la clause générale ne se suffit pourtant pas à elle-même. Car elle doit nécessairement comprendre des notions très larges et donc impropres à servir directement à une subsomption. Elle devra, forcément, être complétée, que ce soit par des normes légales ou, dans une plus large mesure encore, par la jurisprudence et la doctrine.

II. Eléments

1 Généralités

1013 Cette dernière remarque conduit à relativiser l'importance du libellé de la clause générale. Toutefois, il faut bien procéder à certains choix.

1014 Tout d'abord, il nous paraît essentiel que le législateur démontre clairement son intention de lutter contre les clauses trop défavorables au client. Ainsi, on ne saurait se contenter de reprendre la teneur de l'art. 8 LCD en retranchant l'exigence de la nature à provoquer une erreur. Les deux composantes de cette disposition, pour utiles qu'elles soient¹⁴³¹, ne sont pas aptes à constituer le point de départ de la réflexion. Ce n'est en effet pas, en soi, la dérogation à des dispositions légales, ni la contrariété à la nature du contrat, qui est problématique, mais bien le caractère défavorable, pour le client, d'une clause.

2 Critères différents de ceux des systèmes examinés ?

1015 L'étape suivante du raisonnement consiste à se demander si d'autres éléments constitutifs de base que ceux des droits communautaire et français (« déséquilibre significatif »), respectivement du droit allemand (« désavantage inapproprié ») pourraient être adoptés. La question n'est guère discutée. Seul

¹⁴³¹ Cf. infra n° 1032 ss.

LAGARDE propose d'autres critères, qu'il juge plus précis¹⁴³². Selon lui, en substance, une clause est abusive (1) si elle menace l'économie du contrat, c'est-à-dire ne garantit pas la réalisation effective de l'équilibre voulu par les parties ou (2) si elle octroie au professionnel, et à lui seul, un avantage excessif. La seconde hypothèse suppose que la clause améliore la situation du professionnel par rapport à celle qui serait la sienne si les dispositions supplétives étaient appliquées ; en outre, un excès serait subordonné à l'absence de motif légitime ou de contrepartie. Cette théorie appelle trois observations.

1016 Tout d'abord, il est difficile de savoir si ces deux critères couvrent un spectre aussi large que celui retenu par les droits communautaire, français et allemand. Certes, l'auteur démontre que ceux-ci auraient été pertinents dans un certain nombre de cas. Mais l'analyse devrait porter sur un nombre beaucoup plus élevé d'arrêts pour qu'on puisse juger de la pertinence de ces critères.

1017 Ensuite, certaines notions utilisées par LAGARDE sont très larges (avantage *excessif*, absence de motif *légitime*). Certes, cette tendance est inévitable, mais elle nuit à la précision dont se réclame cet auteur.

1018 Enfin, celui-ci n'apporte rien de véritablement nouveau – en tout cas par rapport au droit allemand. En effet, on ne peut s'empêcher de voir une certaine parenté entre la menace de l'économie du contrat (même si cette notion est sans doute difficile à définir)¹⁴³³ et la mise en danger du but du contrat (§ 307 al. 2, ch. 2 BGB).

1019 Il nous semble dès lors préférable d'en rester aux critères retenus par les modèles législatifs étudiés dans ce travail.

3 « Déséquilibre significatif » ou « désavantage inapproprié » ?

1020 Cela suppose un choix entre la notion de « déséquilibre significatif » et celle de « désavantage inapproprié ». La seconde expression peut paraître préférable, en ce sens que l'existence d'un désavantage est facile à déterminer, puisqu'elle résulte d'une simple comparaison d'avec la situation qui prévaudrait sans cette clause. Mais c'est alors le caractère inapproprié de ce

¹⁴³² Cf. supra n° 505 ss.

¹⁴³³ Sur cette notion, voir notamment : ZELCEVIC-DUHAMEL ANA, La notion d'économie du contrat en droit privé, in : JCP 2001, p. 423 ss ; MOURY JACQUES, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, in : Dalloz 2000, p. 382 ss.

désavantage qui devient déterminant et c'est là que resurgit le jugement de valeur qu'on avait évacué dans un premier temps. Certes, il ne devrait pas être plus aisé de préciser ce qu'est un « *déséquilibre significatif* ». Toutefois, cette idée de déséquilibre nous paraît séduisante en ce qu'elle permet d'imaginer les deux plateaux d'une balance, ce qui implique de ne pas s'arrêter aux inconvénients subis par le client, mais de comparer ceux-ci aux avantages retirés par l'utilisateur des CGA, comme l'exige la Cour de cassation. Du texte légal devrait aussi ressortir que ce déséquilibre doit revêtir une certaine importance ; l'adjectif « *significatif* » nous paraît idoine. Les affirmations doctrinales¹⁴³⁴, utilisées pour interpréter cette dernière notion, et selon lesquelles les désavantages doivent l'emporter clairement sur les inconvénients, ou encore que cela dépend du degré d'équité qui correspond à la norme à laquelle il est dérogé, ne nous semblent pas foncièrement mauvaises. Nous nous demandons toutefois si elles sont véritablement utiles, puisqu'elles demeurent bien floues.

4 *Contrariété à la bonne foi*

1021 Une clause ne devrait pouvoir être considérée comme abusive que si elle est contraire à l'exigence de bonne foi. Cet élément devrait donc figurer dans la clause générale. Cela dit, lorsqu'une clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, elle devrait être présumée contraire à la bonne foi. Cette présomption devrait pouvoir être renversée par l'utilisateur des CGA si celui-ci parvient à démontrer qu'il n'aurait pas pu contracter sans la clause en question. En d'autres termes, l'exigence de bonne foi jouerait le rôle d'un « motif justificatif » que pourrait invoquer l'utilisateur des CGA en présence d'une clause créant un déséquilibre significatif¹⁴³⁵.

1022 Il conviendrait ici de se montrer relativement restrictif : cette condition ne serait admise que si l'absence de la clause ferait prendre un risque si grand à l'utilisateur des CGA qu'il ne vaudrait plus la peine pour lui de conclure un tel contrat. Si on interprète ainsi cette notion, les craintes nourries par la doctrine française, quant à une trop grande insécurité du droit, ne sont pas fondées.

¹⁴³⁴ Cf. supra n° 261.

¹⁴³⁵ On pourrait également résoudre ce problème différemment, en considérant que, si la clause est nécessaire à l'utilisateur des CGA, elle ne favorise pas véritablement ce dernier ou, à tout le moins, pas au point de créer un déséquilibre significatif. Dans cette optique, la notion de bonne foi serait superflue. Néanmoins, faire apparaître ce dernier élément dans la loi clarifierait la situation.

1023 Il n'est pas nécessaire de prévoir, comme le fait la Dir. 93/13, que les tribunaux doivent avoir égard à la nature des biens ou service qui sont l'objet du contrat, tant cela va de soi¹⁴³⁶.

III. Questions particulières

1024 L'idée de proportionnalité, à laquelle fait référence le droit allemand, est bonne en ce qu'elle fait appel à un concept connu – certes, plus du droit public que du droit privé, mais le raisonnement est facilement « transposable » à la problématique qui nous occupe – qui s'il reste relativement vague, est plus précis tout de même que des affirmations générales telles que « *les avantages l'emportent clairement sur les inconvénients* »¹⁴³⁷, le déséquilibre « doit relever de l'évidence »¹⁴³⁸ ou que c'est une « *disproportion manifeste qui est visée* »¹⁴³⁹.

1025 Les critères de la maîtrise du risque et de l'assurabilité sont de bons points de repère pour juger de l'admissibilité d'une clause d'exclusion de responsabilité. Ils conduisent à des solutions équitables et sont faciles d'application. Mais ils ne doivent pas forcément être regardés comme trop absolus, en ce sens que certaines circonstances peuvent sans doute, dans des cas isolés, conduire à une appréciation différente.

1026 Il est correct d'affirmer que toute obligation imposée au client – et, symétriquement, tout droit accordé à l'utilisateur des CGA –, quel que soit son contenu, est apte à créer un déséquilibre significatif. On ne voit en effet pas comment établir des catégories de clauses dont on pourrait dire d'emblée qu'elles ne sont pas susceptibles d'avoir une telle conséquence. Et même s'il était possible de trouver des critères pertinents et praticables, il est vraisemblable que les circonstances commanderaient parfois de s'en écarter. Une telle restriction induirait donc des complications inutiles qui risqueraient de décourager le client d'agir.

1027 Tant les clauses principales que les clauses accessoires doivent pouvoir être déclarées abusives. Celles appartenant à la première catégorie sont évidemment plus à même d'affecter la position du client. Il est donc parfaitement logique – sous réserve des cas où est en cause l'objet principal du contrat – qu'elles puissent être considérées comme abusives. Les clauses accessoires

¹⁴³⁶ Le juge se voit, selon nous, contraint par l'art. 4 CC (voir HONSELL, BaKomm, art. 4 CC, n^{os} 6 et 9), de prendre en compte ces facteurs.

¹⁴³⁷ Cf. supra n^o 261.

¹⁴³⁸ Cf. supra n^o 459.

¹⁴³⁹ Cf. supra n^o 459.

ont certes, de manière générale, un potentiel de nuisance moins élevé ; il n'empêche que, dans un cas déterminé, une clause accessoire peut s'avérer tout à fait défavorable au client. De plus, ici aussi, la distinction entre clauses principales et accessoires pourrait s'avérer parfois délicate.

1028 Il nous semble judicieux d'admettre (comme le font les droits français¹⁴⁴⁰ et allemand¹⁴⁴¹) l'effet compensatoire que peut avoir une clause sur une autre, tant il est vrai que celles-ci « s'annulant », il n'y a au final plus de déséquilibre significatif. La condition d'un lien matériel entre les clauses en question nous paraît évidente, puisque des clauses trop dissemblables ne sauraient se neutraliser. Toutefois, il est vrai que, dans certains cas, l'existence d'un lien matériel pourra donner lieu à controverse. L'effet cumulatif devrait également être pris en compte ; à défaut, il serait facile à l'utilisateur des CGA de contourner la loi en fractionnant en plusieurs clauses des dispositions qui, matériellement, forment un tout. Il faut ici rappeler que le TF, *de lege lata*, appréhende le contrat dans son ensemble dans le cadre de la règle de l'inhabituel ; la doctrine estime qu'il en va de même s'agissant de l'art. 8 LCD¹⁴⁴².

1029 Nous approuvons totalement le rejet, sur le principe, de l'argument du prix. Les raisons invoquées par la jurisprudence et la doctrine allemandes à cet égard sont tout à fait pertinentes, en particulier l'affirmation de WOLF¹⁴⁴³ selon laquelle souvent, les conséquences négatives d'une clause ne se manifestent qu'à des conditions particulières, ce qui rend une corrélation avec le prix aléatoire. L'argument du prix serait, si on l'acceptait, à même de s'appliquer à toute clause, ce qui reviendrait au final à tolérer toutes sortes d'exonérations du professionnel (peu importe le contenu), si bien qu'il s'agirait d'une arme défensive apte à contrer avec succès toutes prétentions que pourrait émettre le client. Toutefois, les exceptions faites par le droit allemand nous semblent justifiées. Car il s'agit de cas particuliers dans lesquels le système ne peut fonctionner que moyennant une clause d'exclusion de responsabilité ou de garantie qui trouve son fondement dans le prix bas pratiqué par l'utilisateur des CGA. A défaut, le prix serait très élevé, ce qui, non seulement priverait le commun des mortels d'un tel service, mais encore, par conséquent, n'assurerait qu'un si faible volume commercial à l'utilisateur des CGA que l'affaire ne serait plus rentable. Un prix bas allié à une responsabilité ou à une garantie entière constituerait un risque bien trop élevé (et, partant pas assurable) pour l'utilisateur des CGA. Il nous apparaît donc

¹⁴⁴⁰ FENOUILLET, La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives, p. 721 ; MEILHAC, p. 306. Cf. supra n° 470.

¹⁴⁴¹ Cf. supra n° 707 ss.

¹⁴⁴² Cf. supra n° 87 et 109.

¹⁴⁴³ Cf. supra n° 252.

que dans tous les cas où seule la combinaison entre une exclusion de responsabilité ou de garantie et un prix bas rend la transaction possible d'un point de vue économique, l'argument du prix devrait être accueilli.

1030 Il est judicieux de considérer – à l'instar de certains auteurs allemands¹⁴⁴⁴ – comme suspectes les clauses qui n'éveillent pas l'attention du client lors de la signature du contrat et qui rompent, non pas de manière systématique, mais dans certains cas particuliers seulement, l'équilibre contractuel propre à un contrat synallagmatique. Cela rejoint d'ailleurs les propos de LAGARDE, qui veut sanctionner les clauses menaçant la réalisation effective de l'équilibre contractuel voulu par les parties¹⁴⁴⁵.

§ 2 *Dérogations aux règles légales et au but du contrat*

I. Généralités

1031 Les dérogations aux règles légales et au but du contrat devraient figurer dans la législation à mettre en place parce qu'elles précisent la clause générale, tout en restant suffisamment larges pour être appliquées à toute clause¹⁴⁴⁶. Se situant en quelque sorte à mi-chemin entre la clause générale et une liste de clauses, ces éléments sont pertinents (ci-après II.) et ont une importance pratique indéniable en droit français et en droit allemand (ci-après III.).

II. Pertinence

1032 Le droit dispositif constitue une bonne indication lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère abusif d'une clause préformulée. Car celui-ci, pour inadapté qu'il soit parfois en raison de l'évolution considérable de la société depuis les grandes codifications continentales, tient compte, de manière raisonnable, des intérêts légitimes des parties contractuelles. Et surtout, parce qu'on ne dispose souvent pas d'autre point de repère « neutre ». Le seul autre modèle possible serait la pratique contractuelle usuelle. Mais compte tenu que cette dernière s'est souvent forgée à l'aide de CGA, il s'agirait en quelque sorte d'une définition circulaire qui, de surcroît, n'accorderait aucune protection efficace au client.

¹⁴⁴⁴ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 50.

¹⁴⁴⁵ Cf. supra n° 506.

¹⁴⁴⁶ La doctrine suisse approuve majoritairement les critères des lettres a. et b. de l'art. 8 LCD (KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 294 ; SCHWENZER, n° 46.08. Contra: ENGEL, p. 172 ss).

1033 Il est vrai que, dans certains cas, le droit dispositif peut ne pas constituer une bonne référence, soit en raison de particularités de la norme en question, soit à cause d'un modèle contractuel qui, dans sa globalité, s'éloignerait fortement du modèle légal ; ces hypothèses devraient pourtant être rares et il est douteux que le droit dispositif ne puisse pas, d'une manière ou d'une autre, nourrir la réflexion du juge dans de tels cas.

1034 Ce critère ne peut pas servir d'indicateur lorsqu'une clause préformulée est intégrée à un contrat innommé. Il est dès lors indispensable de faire appel à une autre référence. Celle de la mise en danger du but du contrat paraît tout à fait adaptée. Elle peut sembler un peu restrictive. Mais cela dépend en réalité du degré de mise en danger exigé. Ce critère a l'avantage d'être également applicable dans les – rares – cas dans lesquels des clauses d'un contrat nommé défavoriseraient le client sans s'écarter dans une large mesure du droit dispositif.

1035 On peut aussi relever que le TF, dans l'application de la règle de l'inhabituel, se réfère, même dans des arrêts récents, à ces principes¹⁴⁴⁷.

1036 Toutefois, la meilleure preuve de la pertinence de ces critères est que ceux-ci résultent de la pratique des tribunaux antérieure à la AGBG¹⁴⁴⁸.

III. Importance pratique

1 Droit français

1037 Les dérogations aux règles légales et au but du contrat, bien qu'absentes du texte légal, ne sont pas étrangères au droit français. En effet, les tribunaux prennent en compte, de manière implicite, le premier d'entre eux. Ainsi, sanctionnent-ils une trop grande dérogation d'avec le droit applicable au contrat en cause lorsqu'ils considèrent comme abusive la clause prévoyant que le professionnel a une obligation de moyen alors que la loi l'oblige à un résultat. Ce même raisonnement est également sous-jacent lorsqu'est jugée abusive une clause qui confère à tel type de contrat un caractère *intuitu personae*, alors que la loi ne le prévoit pas. Les tribunaux accordent également une grande importance au principe selon lequel il ne peut être mis fin à un contrat de durée que moyennant le respect d'un délai de résiliation, ainsi qu'à l'exception – nécessaire – à ce principe que constitue la présence de justes motifs, puisque les clauses dérogeant à ces deux règles sont sanctionnées. Enfin, les juges français sanctionnent systématiquement les clauses fondant

¹⁴⁴⁷ Arrêt 4C.427/2005 du 04.04.2006.

¹⁴⁴⁸ KIENINGER, Münch. Komm., § 307 BGB, n° 59.

l'obligation pour le consommateur de réparer un dommage quand bien même il n'aurait pas commis de faute¹⁴⁴⁹.

1038 Quant au critère de la mise en danger du but contractuel, il a été utilisé – même s'il n'a pas été exprimé précisément en ces termes – dans l'arrêt *Chronopost*¹⁴⁵⁰, où la Cour de cassation affirme en substance qu'on ne saurait s'obliger tout en s'affranchissant d'une obligation essentielle.

2 *Droit allemand*

1039 C'est surtout le droit allemand qui démontre de manière éclatante l'importance de ces critères. En effet, la majeure partie de la jurisprudence rendue en application du § 307 BGB concerne l'al. 2, à tel point d'ailleurs que certains auteurs suggèrent que la clause générale du § 307 al. 1 BGB est inutile parce qu'elle n'a pas de portée propre¹⁴⁵¹.

IV. Ancrage législatif

1040 Vu l'origine jurisprudentielle de ces critères en Allemagne et le fait que le droit français les utilise, implicitement du moins, sans que la loi l'y incite, il ne serait pas insoutenable d'affirmer que leur mention expresse dans la loi est inutile.

1041 Toutefois, il y a tout lieu de penser que ces critères joueraient, *de lege ferenda*, un rôle prépondérant, tout comme chez nos voisins d'outre-Rhin. De plus, leur mention n'alourdirait que peu le texte légal. Dans ces conditions, il nous paraît opportun de les inscrire dans la loi. Un autre argument nous fait même dire que cela est indispensable : bien que très peu utilisés, ces critères existent actuellement en droit suisse, à l'art. 8 LCD. Il y aurait donc un risque que leur abandon soit interprété comme une volonté de leur dénier toute pertinence.

¹⁴⁴⁹ Cf. supra n° 492.

¹⁴⁵⁰ Cass. Commerciale, 22.10.1996, in : JCP 1997 II 22881. Cf. supra n° 386.

¹⁴⁵¹ STOFFELS, n° 500.

V. Éléments

1 Dérégation au droit applicable

1.1 Dérégation

1042 La terminologie utilisée pour qualifier la dérogation au droit applicable varie. Ainsi, le droit allemand exige une dérogation *incompatible* à des principes *fondamentaux* de la réglementation légale, alors que l'art. 8 LCD évoque le caractère *notable* de la dérogation.

1043 La solution retenue en droit allemand est trop compliquée. En effet, en utilisant deux notions juridiques indéterminées, le législateur allemand complexifie la situation. Qui plus est, la notion de principes fondamentaux nous paraît difficile à cerner. Tout d'abord, l'opposition entre les normes qui n'auraient qu'une fonction pratique et celles qui seraient empreintes d'équité nous paraît inutile, voire dangereuse. En effet, la plupart des normes remplissent ces deux fonctions et une pondération entre ces deux aspects est délicat. Affirmer, comme le fait une partie de la doctrine allemande¹⁴⁵², que doit être considérée comme fondamentale toute norme de droit dispositif servant les intérêts légitimes du partenaire contractuel, n'est pas beaucoup plus convaincant. En effet, on peut douter qu'il existe des règles dispositives qui ne remplissent pas cette dernière condition. Et à supposer que cette distinction soit opérante, cette qualification peut-elle véritablement être faite une fois pour toutes, sans du tout considérer le contexte contractuel ? Nous en doutons.

1044 Exiger une dérogation notable n'est pas non plus satisfaisant à notre avis. Car ce critère, purement « quantitatif », n'appréhende qu'une partie de la problématique : une telle dérogation peut tout à fait – même si cela devrait être rare – ne pas préteriter les intérêts du client. Dès lors, ce critère devrait être combiné avec l'élément du déséquilibre significatif de la clause générale et perdrait en quelque sorte son autonomie.

1045 Nous proposons de s'en tenir au critère de la dérogation incompatible, qui comporte non seulement un aspect quantitatif – la dérogation devrait être importante – mais aussi un jugement de valeur.

1.2 Droit applicable

1046 Il est important de définir, dans les grandes lignes du moins, ce que l'on entend par droit applicable. Cette expression, retenue à l'art. 8 LCD, est

¹⁴⁵² Cf. supra n° 730.

préférable à celle de « *réglementation légale* », choisie par le droit allemand, parce que plus large.

1047 Cela conduit notamment au rejet de l'opinion de , pour qui les règles jurisprudentielles ne devraient pas être prises en compte, au motif qu'elles n'auraient pas d'effets contraignants pour un nombre indéterminé de personnes. La position de cet auteur n'est à notre avis pas soutenable, tant il est vrai que les arrêts rendus par les tribunaux constituent – dans notre pays du moins, dont le droit privé comprend des normes moins étoffées et plus anciennes que le BGB, récemment modernisé – une source du droit importante.

1048 Exclure toute règle que son imprécision rendrait impropre à une subsumption – ce que suggère l'auteur précité – est également trop restrictif. Cela reviendrait à se priver de l'utilisation de principes bien établis, tout à fait appropriés et efficaces. Il est également important de préciser que par « droit applicable », on entend aussi la partie générale du CO et pas uniquement la partie spéciale, pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être mentionnées.

1049 Pour couper court à toute éventuelle controverse relative à l'utilisation de ce critère en cas de contrats innommés, il est judicieux de prévoir, à l'instar de ce que fait l'art. 8 let. a LCD, que sont aussi visées les dérogations au droit applicable *par analogie*.

2 *Clauses mettant en danger le but du contrat*

1050 L'art. 8 let. b LCD sanctionne les clauses qui « *prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat* », alors que le § 307 al. 2 ch. 2 BGB appréhende les clauses « *qui restreignent à tel point les droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat qu'elles mettent en danger le but du contrat* ».

1051 La doctrine suisse estime unanimement que la nature du contrat se détermine en fonction du but visé par celui-ci. Pour les auteurs allemands, le but visé par le contrat compte parmi les critères à prendre en compte pour en déterminer la nature. Ainsi, par mesure de simplification, il est préférable de faire l'économie de la notion de nature du contrat, pour se focaliser sur celle, plus facile à déterminer, de but du contrat.

1052 Le critère de la mise en danger de ce but, s'il pose sans doute quelques problèmes d'interprétation, nous semble toutefois relativement aisé à mettre en œuvre. Toute clause remplissant cette condition devrait être suffisamment

défavorable au le client pour qu'on puisse se dispenser de l'examen du caractère essentiel ou non des droits et obligations qu'elle concerne.

1053 S'en tenir à ces critères éviterait également de devoir se prononcer sur la notion très vague d'écart *notable* entre les droits et obligations relevant de la nature du contrat et ceux prévus par la clause examinée.

1054 La manière dont le droit allemand interprète le § 307 al. 2 ch. 2 BGB est pertinente et raisonnable. Elle devrait inspirer nos tribunaux, même si la formulation proposée s'écarte quelque peu de celle retenue en droit allemand. Ainsi, l'analyse devra tenir compte notamment du caractère durable ou instantané du contrat, de la présence ou non d'éléments personnels, d'éventuels risques typiques qui le caractérisent, de l'assurabilité du risque et des intérêts de rationalisation de l'utilisateur des CGA¹⁴⁵³. Que la clause corresponde ou non à un usage pourra avoir valeur d'indice¹⁴⁵⁴. En outre, doit être pris en compte l'ensemble des valeurs véhiculées par l'ordre juridique¹⁴⁵⁵. Enfin, doivent être déterminantes les attentes typiques du client.

1055 Il est également correct d'affirmer que la mise en danger doit avoir une certaine intensité, le seuil critique étant d'autant plus facilement dépassé que l'intérêt en jeu est important ; cela revient à poser une exigence de proportionnalité, ce qui paraît tout à fait raisonnable.

VI. Valeur relative

1056 Des conflits peuvent, en théorie du moins, survenir, d'une part entre les critères précités entre eux et d'autre part entre l'un de ces critères et la clause générale. Il est important de savoir comment les résoudre. Les principes de base devraient être les suivants.

1057 Tout d'abord, le client doit pouvoir se prévaloir de la clause générale sans devoir invoquer simultanément l'un de ces deux éléments. Si la clause préformulée en cause est jugée abusive sur cette base, il doit être indifférent que celle-ci soit incompatible avec le droit applicable ou non, respectivement qu'elle menace le but du contrat ou non. A défaut, la clause générale n'aurait plus aucune portée et donc pas de raison d'être.

1058 Ensuite, le client devrait pouvoir démontrer, à son choix, qu'une clause est incompatible avec le droit applicable et/ou met en danger le but du contrat.

¹⁴⁵³ STOFFELS, AGB-Recht, n° 542 ; FUCHS, § 307 BGB, n° 253.

¹⁴⁵⁴ FUCHS, § 307 BGB, n° 250 s.

¹⁴⁵⁵ STOFFELS, AGB-Recht, n° 541.

Ces critères devraient être mis sur un pied d'égalité, contrairement à ce qu'admet le TF¹⁴⁵⁶ et la doctrine, qui estiment que le second est subsidiaire au premier. En effet, il n'est pas totalement exclu qu'une clause puisse (même dans un contrat nommé) mettre en danger le but du contrat sans être incompatible avec le droit dispositif. Cette dernière circonstance ne rend pas la clause moins défavorable et on ne voit pas pourquoi il faudrait rendre cette démonstration plus difficile pour le client.

1059 Plus délicate est la question de savoir si, lorsque le client invoque avec succès l'un des éléments précités, l'utilisateur des CGA peut remettre en cause le caractère abusif d'une clause en démontrant que les conditions de l'autre ne sont pas remplies, ou encore en se fondant sur la clause générale.

1060 Cela ne devrait pas être le cas lorsqu'une clause met en danger le but du contrat. Car on ne voit pas ce qui pourrait plaider pour le maintien d'une telle clause, dont l'évidente dangerosité pour le client devrait faire admettre automatiquement un déséquilibre significatif au sens de la clause générale. Si d'aventure une telle clause devait ne pas être incompatible avec le droit applicable, ce ne serait pas là un motif suffisant pour qu'elle échappe à la sanction.

1061 La situation n'est pas bien différente s'agissant d'une clause dont le client aurait démontré qu'elle est incompatible avec le droit applicable. Que celle-ci ne mette pas en danger le but du contrat n'est pas pertinent, puisque cette dernière exigence est dans la règle plus élevée et qu'elle n'est pas une condition *sine qua non* pour qualifier une clause d'abusives. Un conflit avec la clause générale n'est à nos yeux pas possible, puisque l'*incompatibilité* avec le droit applicable implique un jugement de valeur ; il serait dès lors contradictoire d'admettre l'incompatibilité tout en considérant qu'il n'y a pas de déséquilibre significatif en défaveur du client.

1062 Cela dit, l'utilisateur des CGA devrait *toujours* pouvoir soutenir que la clause en question n'est pas contraire à l'exigence de bonne foi, c'est-à-dire que certes, elle crée un déséquilibre significatif au détriment du client, respectivement est incompatible avec le droit applicable ou met en danger le but du contrat, mais qu'il ne lui serait pas possible de contracter sans elle.

¹⁴⁵⁶ Dans l'ATF 117 II 332, le TF ne fait que reprendre le Message du Conseil fédéral (FF 1983 II, p. 1107), lequel ne contient pas non plus de motivation quant à la subsidiarité de la dérogation à la « nature du contrat ».

§ 3 *Liste de clauses*

I. Généralités

1063 La présence d'une liste de clauses, dans la directive et les systèmes qui en découlent, doit être saluée. Un tel instrument précise les intentions du législateur lorsque ce dernier entend lutter contre les clauses abusives. Il guide le juge dans son appréciation du caractère abusif d'une clause, que celui-ci l'applique directement ou par analogie. Ainsi, une liste accroît incontestablement la sécurité du droit, permettant, dans une certaine mesure du moins, un développement structuré de la jurisprudence. Dès lors, il nous semble qu'une liste est un instrument indispensable à toute législation en matière de clauses abusives¹⁴⁵⁷. Du reste, la CJCE a souligné l'importance de la liste annexée à la Dir. 93/13, jugeant que celle-ci doit, sauf cas tout à fait particuliers, être transposée ; du reste, le Livre vert suggère un renforcement de la liste¹⁴⁵⁸. L'idée d'une liste n'était d'ailleurs pas étrangère au droit français antérieur à la directive, puisque le législateur de 1978 comptait sur le pouvoir exécutif pour édicter des décrets destinés à compléter la clause générale. La loi allemande de 1976 contenait pour sa part déjà deux listes de clauses. Et les auteurs suisses qui en appellent au législateur pour instituer un contrôle du contenu des CGA sont tous en faveur d'une liste de clauses¹⁴⁵⁹.

1064 Toutefois, en matière de clauses abusives, une liste doit être régie par un certain nombre d'exigences fondamentales que ne respectent pas toujours celles des droits communautaire, français et allemand (ci-après III.), ce qui nous incite à proposer un catalogue de clauses divergeant assez fortement de ces listes (ci-après IV.). Auparavant, il faudra se demander quelle valeur il convient d'attribuer à la liste (ci-après II.). La liste ne devrait être applicable, selon la conception défendue dans ce travail, qu'aux contrats passés avec des consommateurs.

II. Valeur

1065 Une liste « blanche », à l'instar de ce que prévoient la directive et le droit français, est insuffisante parce que pas assez bonne en termes de sécurité du droit. Elle n'est assez forte ni pour rassurer le client qui hésite à agir en justice, ni pour dissuader l'utilisateur des CGA d'avoir recours à des clauses qui y figurent. Au final, c'est à la jurisprudence qu'il appartiendra de dire

¹⁴⁵⁷ KRAMER, BKomm, art. 19-20 CO, n° 284 ; BRUNNER, p. 333.

¹⁴⁵⁸ P. 20, point 4.5: il est question d'en faire une véritable liste « grise », voire « noire » ou encore de combiner ces deux types de listes.

¹⁴⁵⁹ KRAMER, BKomm, art. 19-20, n° 284 ; BRUNNER, p. 333.

quand et dans quelle mesure ces clauses devront être considérées comme abusives, si bien que la liste n'a pour ainsi dire aucune efficacité propre.

1066A l'inverse, une liste « noire » est un instrument trop draconien, puisqu'il ne permet pas à l'utilisateur des CGA de se justifier et de démontrer, cas échéant, qu'une clause, certes assez fortement défavorable au client, lui est indispensable, sous peine de l'empêcher de conclure le type de contrats en cause. Qui plus est, une clause figurant dans la liste ne pourrait pas être « compensée » par une autre, favorable au client, s'opposant ainsi à une prise en compte globale du contrat.

1067 Enfin, il est impossible de déterminer de manière objective quelles clauses devraient être considérées comme suffisamment défavorables pour figurer dans une telle liste. Deux exemples illustreront ici cette dernière affirmation. Le premier concerne les clauses sur le renversement du fardeau de la preuve. De telles clauses sont, de manière générale, particulièrement défavorables au client ; dès lors, la tentation pourrait être forte de les considérer systématiquement comme abusives. Pourtant, ce type de clauses ne crée pas toujours un déséquilibre significatif en défaveur du client, puisque parfois, ce dernier est mieux à même de fournir telle ou telle preuve que son cocontractant. On peut citer ici l'arrêt dans lequel la Cour de cassation n'a rien trouvé à redire à la clause qui imposait au consommateur le fardeau de la preuve du respect des spécifications du constructeur en cas d'entretien courant ou de réparation d'un véhicule par des professionnels n'appartenant pas au réseau de concessionnaires exclusifs ou d'agents officiels¹⁴⁶⁰. Le second exemple se rapporte au § 309 ch. 9 in fine BGB. Cette disposition pose un certain nombre de restrictions temporelles dans les contrats ayant pour objet la livraison régulière de biens ou services. Sont ainsi strictement prohibées les clauses prévoyant une durée contractuelle supérieure à *deux ans* et celles instituant une hausse de prix pour des biens ou services qui seront livrés, respectivement effectués, moins de *quatre mois* après la conclusion du contrat. Ces durées comprennent évidemment une part d'arbitraire bien trop importante pour pouvoir se concilier avec la rigueur qui leur est associée.

1068 Enfin, d'un point de vue purement pratique, il n'est pas évident de dresser une véritable liste noire, comme le démontre l'exemple du droit allemand. En effet, cela suppose une description extrêmement précise des clauses visées, condition qui fait parfois défaut¹⁴⁶¹ dans le § 309 BGB, disposition pourtant dite « *ohne Wertungsmöglichkeit* ».

¹⁴⁶⁰ Cf. supra n° 503.

¹⁴⁶¹ Cf. supra n° 760.

- 1069 En revanche, une liste grise, soit celle fondant une présomption réfragable d'abus, représente un bon compromis. Elle permet au client de se lancer dans une procédure sans trop de risques. Certes, la présomption d'abus peut être renversée. Si véritablement il existe des circonstances qui pourraient conduire à un renversement de situation, celles-ci devraient en principe apparaître avant l'engagement d'une éventuelle procédure judiciaire ; dès lors, si l'utilisateur des CGA a véritablement de bons arguments, le client pourra renoncer à agir. Dans le cas contraire, ce dernier pourra le faire avec relativement peu de risques de perdre son procès. Quant à l'utilisateur des CGA qui déciderait de faire usage de telles clauses, il sait qu'il devra probablement en démontrer judiciairement le bien-fondé et donc ne le fera pas à la légère.
- 1070 Une stricte interprétation *a contrario* du texte légal proposé dénierait toute importance à la liste lorsque le client n'est pas un consommateur. Il est toutefois permis de se demander si une telle position n'est pas trop rigoureuse. Ainsi, des auteurs allemands prétendent que, dans certaines circonstances, le catalogue des §§ 308 et 309 BGB n'est pas complètement dépourvu d'effets, ayant seulement valeur d'indice du caractère abusif au sens du § 307 BGB¹⁴⁶². Cet avis nous semble tout à fait raisonnable. Il est en effet indéniable que le juge – qui, même dans un litige entre deux professionnels, n'ignorera pas le contenu de la liste – aura tendance (ne serait-ce qu'inconsciemment) à se montrer critique face à une clause figurant dans celle-ci. Dès lors, il est plus honnête d'admettre que c'est là un critère dont il faut tenir compte, étant entendu que celui-ci ne serait en aucun cas apte, à lui seul, à rendre une clause abusive. En d'autres termes, il conviendrait de n'accorder qu'une importance limitée à cet élément qui pourtant ne devrait jamais être totalement ignoré. Cela devrait valoir indépendamment des circonstances, tant il est vrai que, sur cette question comme sur d'autres, il serait malaisé de déterminer lesquelles devraient être considérées comme pertinentes. Cette manière de trancher la question réduit certes, dans une certaine mesure, la différence de traitement entre les consommateurs et les autres contractants. Toutefois, il semble inévitable que la protection du consommateur comme partie faible au contrat finisse par marquer les esprits au point de trouver un certain écho lorsqu'aucun des contractants ne possède cette qualité¹⁴⁶³, comme le démontre l'arrêt *Chronopost*¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁶² BASEDOW, Münch. Komm., § 310 BGB, n° 7 s. ; BECKER, § 310 BGB, n° 3, in : BAMBERGER/ROTH.

¹⁴⁶³ RAMBERG, p. 23.

¹⁴⁶⁴ Cf. supra n° 387.

III. Exigences fondamentales

I Brièveté

1.1 Importance quantitative et caractère exhaustif

1071 Une longue liste de clauses ne devrait trouver sa place que dans les cas où on peut la considérer comme quasi-exhaustive, la clause générale n'ayant alors qu'une fonction de sauvegarde – soit rappeler que, justement, la liste n'est pas totalement limitative et que peuvent se présenter des cas que le législateur n'a pas envisagés. Dans une telle hypothèse, c'est la liste qui prédomine en pratique.

1072 Pour dresser une telle liste, il faut pouvoir identifier clairement (toutes) les principales hypothèses susceptibles de tomber dans le champ de la clause générale. Les art. 271 et 271a CO nous paraissent entrer dans cette catégorie, tant il est vrai que cette dernière disposition reflète bien les comportements du bailleur susceptibles de rendre la résiliation du contrat contraire à la bonne foi. Le nombre d'hypothèses envisageables est ici restreint, parce que l'abus est visé seulement dans le cadre de la *résiliation* d'un type de contrat particulier.

1073 En revanche, lorsque les hypothèses susceptibles d'entrer dans la clause générale sont variées et nombreuses, il est généralement impossible de toutes les répertorier. Dans ce cas, le « premier rôle » revient incontestablement à la clause générale et la liste ne devrait comprendre que quelques éléments, soit ceux qui, le plus typiquement, illustrent la clause générale, montrant en quelque sorte où le législateur a entendu « placer la barre ». Une telle liste permettra, notamment, une interprétation par analogie et facilitera une interprétation téléologique.

1074 En matière de CGA on se situe incontestablement dans ce dernier cas de figure. Cela s'explique d'une part par le large champ d'application matériel de la loi et d'autre part par la liberté contractuelle, institution exploitée au maximum vu le temps et les moyens dont dispose en principe un utilisateur de CGA pour rédiger ses documents contractuels.

1.2 Inconvénients d'une liste longue

1075 Etablir une longue liste qui ne serait pas pour autant (quasi-) exhaustive serait dangereux, ce pour plusieurs raisons.

A. Application mécanique

1076 Le non respect de la distinction qui précède et donc l'adoption d'une liste longue entraînerait deux problèmes principaux. Tout d'abord, le juge sera tenté d'en faire une application « mécanique ». Il sanctionnera une clause qui lui est soumise uniquement parce que celle-ci figure dans la liste et pas véritablement parce qu'elle crée un important déséquilibre. Dans l'hypothèse d'une liste moins fournie, le juge ne pourra que plus difficilement se retrancher derrière le texte de la loi ; il devra alors faire un véritable raisonnement. Celui-ci pourra être généralisé et servir pour trancher d'autres cas, contribuant ainsi, de manière générale, à une meilleure prévisibilité du droit.

B. Interprétation *a contrario*

1077 Ensuite, plus la liste est complète, plus la tendance sera grande de l'interpréter *a contrario* – et, symétriquement plus faible celle de l'interpréter par analogie. En d'autres termes, cela a pour effet de réduire l'« élasticité » de la clause générale. Cela n'est évidemment pas souhaitable pour le client, que – en raison de l'impossibilité de classer, de manière binaire, les clauses typiquement dangereuses et les autres – des clauses proches de celles figurant dans la liste peuvent défavoriser tout autant que ces dernières¹⁴⁶⁵.

C. Déséquilibre du texte légal

1078 Une longue liste alourdirait le texte légal. Pour cette raison, elle ne trouverait pas sa place dans le CO et surtout pas dans la partie générale de celui-ci. Ce problème « esthétique » pourrait certes être résolu en faisant figurer la liste dans une ordonnance. Toutefois, confier cette tâche au pouvoir exécutif peut poser des problèmes, comme le démontre l'exemple français¹⁴⁶⁶. Qui plus est, on peut se demander si la matière ne mériterait pas de figurer dans une loi matérielle. Enfin, agir de cette manière contribue à un éparpillement législatif que l'on devrait au contraire s'efforcer de combattre pour assurer une meilleure cohérence au système.

¹⁴⁶⁵ On peut ici relever que les dangers précités sont aussi présents lorsque les tribunaux créent des groupes de cas (Fallgruppen). Cette manière de procéder est certes un peu moins rigide, puisque les règles jurisprudentielles sont par définition moins fortes que des règles légales. Toutefois, cela crée des catégories, dont le juge ne pourra s'écarter qu'au prix de certains efforts et d'un certain courage.

¹⁴⁶⁶ Cf. supra n° 451.

D. *Considérations d'ordre politique*

1079 L'introduction en droit suisse d'une longue liste est peu réaliste d'un point de vue politique. Il ne se trouvera certainement pas de majorité au Parlement désireuse de s'inspirer du droit communautaire. Dès lors, la discussion partirait de zéro. Se poserait alors, dans l'optique d'une liste fournie, la question des limites à tracer : pourquoi faire figurer telle clause dans le catalogue, et pas telle autre ? En l'absence de critères objectifs, la réponse serait bien délicate.

1080 Il faut aussi rappeler ici que le projet de modification de la LIC, qui ne comportait aucune liste, a trouvé de nombreux détracteurs pour qui le modèle proposé (qui ne contenait pas de liste de clauses) était trop ambitieux ; l'avant-projet de révision de la LCA introduit un contrôle ouvert sur la base d'une clause générale, sans liste. Dans ces conditions, l'acceptation d'une longue liste relève de l'utopie.

2 *Souplesse et simplicité*

1081 En décrivant les cas qu'il présume abusifs, le législateur devrait veiller à faire preuve d'une certaine souplesse, pour que chacun d'eux puisse appréhender plusieurs types de clauses. A défaut – et eu égard au fait que le nombre de ces composants doit être restreint – la liste n'aurait qu'une portée très faible et donc une utilité fort limitée.

1082 De plus, une description très rigoureuse favoriserait une interprétation *a contrario*, ce qui n'est évidemment pas dans l'intérêt du client.

1083 En outre, elle n'irait pas sans une certaine technicité, laquelle sied peu à la partie générale du droit des obligations et moins encore à une liste qui, selon l'opinion défendue dans ce travail, ne s'applique qu'aux consommateurs. En effet, en cas de formulation trop complexe, ceux-ci ne pourraient que difficilement détecter d'eux-mêmes une possible adéquation entre la clause à laquelle ils sont confrontés et celles visées par la liste.

3 *Précision*

1084 Les clauses visées par la liste devraient être décrites de manière suffisamment précise pour être susceptibles de subsumption. Cela exclut en particulier l'usage, que font parfois les listes des droits communautaire, français et allemand, de notions juridiques indéterminées. La présence dans la liste de telles clauses ne présente pas un grand intérêt, en ce que celles-ci ne précisent guère la clause générale. Ainsi, par exemple, il est vain de prévoir l'inter-

diction des clauses qui imposent « *au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevée* »¹⁴⁶⁷. Car le juge est capable, sans être guidé par la loi, de déceler que le montant trop élevé d'une indemnité imposée au consommateur peut constituer un abus. La question déterminante est celle de savoir à partir de quand la clause prévoyant une indemnité doit être sanctionnée ; à cet égard, l'emploi de l'adverbe « disproportionnellement », n'apporte pas grand chose, puisque ce dernier n'est guère plus précis que la notion de « déséquilibre significatif ».

IV. Proposition de liste

1 Généralités

1085 En matière de CGA, une liste complétant la clause générale devrait donc être brève. Elle devrait également être exempte de notions juridiques indéterminées, afin de garantir un minimum de sécurité juridique. Les éléments qui la composent devraient être suffisamment larges pour s'appliquer à un grand nombre de clauses ; vu la présomption qui leur est attachée (liste grise), ils devraient aussi être particulièrement aptes à mettre en cause l'équilibre contractuel et donc apparaître comme particulièrement injustes pour la partie faible.

1086 L'exercice est difficile et s'apparente à la quadrature du cercle ; en l'absence de critères objectifs, il comporte forcément une importante part d'aléatoire. Il est dès lors inutile de préciser que les propositions qui suivent se discutent et qu'en aucun cas nous ne prétendons détenir la vérité.

2 Inégalités formelles (« asymétries »)

1087 La première catégorie de clauses proposée englobe toutes celles qui instituent un déséquilibre *formel* entre les droits et obligations des parties (« inégalité des armes » ou asymétrie). Une telle clause crée forcément un déséquilibre et elle inspire souvent un profond sentiment d'injustice, puisque « les règles du jeu » ne sont pas les mêmes pour les deux parties. Il en va ainsi de celles qui touchent au contenu même des clauses, comme celle qui prévoirait une clause pénale si le client n'exécute pas ou mal ses obligations, mais pas en cas de défaillance de l'utilisateur des CGA. Sont également concernées celles qui soumettent l'exercice des droits du client – singulièrement les droits formateurs – à des conditions plus strictes (délais, conditions, formes) pour le client que pour l'utilisateur des CGA.

¹⁴⁶⁷ Lettre e) de l'annexe de la Dir. 93/13.

1088 Comme toujours en matière de clauses abusives, il est difficile de mesurer toute la portée de cette règle. Mais il y a tout lieu de penser que celle-ci est large. Combinée à l'interdiction d'éluder la loi (telle qu'elle ressort de l'art. 2 al. 2 CC), elle permettrait notamment, dans bon nombre de cas, de lutter contre la clause qui prévoit que l'utilisateur des CGA n'est pas lié (du moins pas avant ratification) lorsque le contrat est conclu par ses représentants : comme il est très peu usuel qu'un consommateur soit représenté pour passer un contrat comprenant des CGA, l'ajout destiné à rendre la clause formellement égalitaire devrait être regardé comme une élision et donc ignoré, rendant la clause nulle.

1089 Dans certains cas particuliers, une asymétrie entre les droits et obligations des parties peut se justifier. On pense ici en particulier à un délai de résiliation plus long pour le client que pour l'utilisateur des CGA. Il n'est pas exclu que ce dernier, suivant la nature du contrat, ait besoin de savoir suffisamment à l'avance que son partenaire contractuel met fin à la convention (en cas par exemple d'installations louées et dont l'enlèvement impliquerait des travaux importants), alors que le client pourrait rapidement trouver un autre co-contractant, et que, par conséquent, le délai plus bref imparti par l'utilisateur des CGA ne lui serait pas préjudiciable.

3 *Restriction de la possibilité pour le client de faire valoir ses droits*

1090 Seraient ensuite réputées abusives les clauses qui rendraient plus difficile pour le client l'exercice des droits que lui confèrent la loi et le contrat. Il s'agirait simplement de comparer la situation du client avec la clause et celle qui serait la sienne sans cette dernière. L'idée ici exprimée est simple : rien ne sert d'avoir des droits s'il est malaisé de les faire valoir. De telles clauses sont particulièrement perfides pour le client qui, dans la règle, a bien du mal à en saisir si ce n'est le sens, du moins la réelle portée. Elles ne se justifient en principe pas du point de vue de l'utilisateur des CGA, à moins que ce dernier ne recherche précisément, à travers elles, à se prémunir contre des prétentions abusives voire frauduleuses – ce qu'il pourra alors aisément démontrer en cas de litige.

1091 Seraient visées en particulier les clauses de prorogation de for (mais il s'agit ici d'une réserve impropre, vu que la LFors interdit cette clause dans les contrats avec les consommateurs¹⁴⁶⁸), d'élection de droit, ainsi que les clauses concernant la preuve (moyens de preuve à utiliser, fardeau de la preuve).

¹⁴⁶⁸ Art. 21, al. 1, let. a LFors.

Pourraient l'être aussi celles instituant des modes alternatifs de règlement des conflits. Ceux-ci sont certainement des instruments intéressants, mais ils ne devraient pas être convenus par une clause figurant dans des CGA. En effet, l'obligation d'une conciliation préalable rallonge la procédure et le client, de guerre lasse, risque d'abandonner toutes prétentions (surtout si de faibles sommes sont en jeu) ; la même critique vaut pour la médiation, processus qui, au surplus ne peut porter ses fruits que si les deux parties sont réellement disposées à faire des efforts ; enfin, une procédure arbitrale génère des frais considérables et souvent disproportionnés. Pourraient être appréhendées également les clauses soumettant une action en justice à toutes sortes de conditions, telles un certain délai d'attente, de réitérées mises en demeure, la recherche avérée de solutions amiables ou encore une expertise¹⁴⁶⁹. Les tribunaux pourraient également sanctionner les clauses par lesquelles les consommateurs renoncent à invoquer la prescription en dehors de l'hypothèse prévue à l'art. 142 CO.

1092 L'interdiction dont il est question ici ne se limiterait pas aux actions judiciaires. Ainsi, elle permettrait également de combattre les clauses excluant ou limitant par avance la compensation.

4 *Clauses permettant des modifications unilatérales*

1093 Les clauses autorisant l'utilisateur des CGA à modifier le contrat sont évidemment dangereuses pour le client, puisqu'elles permettent à son partenaire contractuel de se soustraire, partiellement du moins, à l'effet contractuel. Symétriquement, elles empêchent le client de savoir ce à quoi il s'oblige lorsqu'il signe le contrat. En quelque sorte, cette règle est le prolongement de celles sur l'intégration ; il paraît dès lors logique de lui accorder une place particulière et de la faire figurer dans la liste. Il n'est pas nécessaire de distinguer, comme le fait l'annexe à la directive (lettres j), k) et l)) les modifications relatives aux termes du contrat, celles concernant les caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir et celles se rapportant au prix. Il appartiendrait à la jurisprudence de préciser dans quels cas la présomption peut être renversée. La spécification, dans le contrat, des motifs qui peuvent conduire à une modification, semble également nécessaire. Toutefois, il n'est pas exclu que ce principe puisse connaître des exceptions. Parfois, il sera peut-être approprié de prévoir des conditions supplémentaires, singulièrement s'agissant de la hausse de prix (la jurisprudence pourrait par exemple fixer des points de repère que constitueraient des pourcentages admissibles). On peut du reste noter que la jurisprudence allemande se

¹⁴⁶⁹ TI de Rennes, 21.11.2002, disponible sur le site www.clauses-abusives.fr. Cf. supra n° 504.

montre, de manière générale, très réservée à l'égard des clauses permettant une modification unilatérale, même lorsque celles-ci ne correspondent pas à celles figurant dans la liste du § 308 BGB ou du § 309 BGB¹⁴⁷⁰.

5 *Clauses permettant à l'utilisateur des CGA de ne plus exécuter ses obligations*

1094 Dans la règle, les contrats conclus au moyen de CGA sont synallagmatiques. La quatrième et dernière catégorie de clauses proposée tend à préserver le rapport d'échange qui existe, dans de tels contrats, entre les parties. Seraient prohibées les clauses qui permettraient à l'utilisateur des CGA de ne plus fournir, dans certaines hypothèses, ses prestations, alors que le client devrait continuer d'exécuter les siennes, en particulier celles qui excluraient la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution (art. 82 CO). Pourraient aussi être appréhendées les clauses prévoyant que l'utilisateur des CGA peut, à la fin du contrat, conserver des sommes correspondant à des prestations qu'il n'a pas fournies¹⁴⁷¹.

Chapitre 8 : Conséquences du caractère abusif d'une clause

§ 1 *Suppression pure et simple*

1095 Le cas de figure le plus simple est celui dans lequel une clause est tout bonnement supprimée et donc totalement ignorée. La seule difficulté est ici de savoir quand il convient de procéder de la sorte. L'idée de base consiste à affirmer que la suppression de la clause ne doit pas engendrer de lacune. A cet égard, il ne faut pas se placer du point de vue de l'utilisateur des CGA, qui considérera forcément comme telle toute atteinte à l'intégrité de ses conditions contractuelles. La formule utilisée par STOFFELS, pour qui il n'y a pas de lacune lorsque la règle supprimée est un « *corps étranger dans l'édifice contractuel* », est bonne, bien que nécessairement un peu floue. Il est correct d'affirmer que les clauses qui restreignent de manière inappropriée la prestation principale promise ou celles d'un contrat nommé traitant un point que la loi n'aborde pas, appartiennent en principe à cette catégorie. Toutefois, il ne s'agit là que d'exemples qui ne constituent évidemment pas une liste exhaustive et qui, à l'inverse, ne doivent pas automatiquement conduire à la suppression pure et simple de la clause.

¹⁴⁷⁰ Cf. supra n° 722.

¹⁴⁷¹ Lettre f) de l'annexe de la Dir. 93/13.

§ 2 *Suppression, puis remplacement, de la clause*

1096 Dès lors que la suppression d'une clause abusive crée une lacune, il faut se demander comment combler celle-ci. Le droit allemand oppose strictement l'utilisation du droit dispositif à la détermination de la volonté hypothétique des parties, la seconde étant subsidiaire à la première. Selon nous, c'est la solution inverse qui devrait prévaloir, mais cette divergence dogmatique ne devrait avoir que relativement peu d'incidence pratique.

1097 La volonté hypothétique des parties devrait constituer le point de départ de la réflexion, puisque c'est la volonté qui fonde tout lien contractuel. De plus, cette manière de procéder correspond à celle qui est usuelle dans notre droit s'agissant de complètement du contrat. Toutefois, établir cette volonté n'est pas toujours chose facile. La tâche est encore plus ardue lorsqu'est en cause une clause préformulée. En effet, dans ce cas, souvent, le consentement du client à la clause initiale est bien plus normatif que réel. En d'autres termes, on ne saurait estimer que la solution qu'auraient retenue les parties si elles avaient eu connaissance de la nullité de la clause initiale est forcément conditionnée par cette dernière, puisque celle-ci était, le plus souvent, ignorée par le client. Et d'autres points de repère font souvent défaut. Il n'empêche que telle devrait être la première étape du raisonnement, qui ne saurait être omise tant il est vrai que l'ensemble des circonstances peut tout à fait amener le juge à établir quelle aurait été cette volonté. Dans le cas le plus fréquent, où la volonté réelle des parties ne peut pas être établie, le juge appliquera le principe de la confiance, comme c'est le cas dans les autres domaines du droit des obligations. La solution ici préconisée est donc garante d'une certaine cohésion au sein de notre droit privé.

1098 A défaut, le droit dispositif devrait remplacer la clause supprimée. Les solutions qui en découlent sont à notre avis tout à fait satisfaisantes. D'une part, parce que la sécurité du droit est ainsi garantie et d'autre part parce que le droit dispositif reflète forcément des solutions plus ou moins équilibrées.

§ 3 *Nullité partielle*

1099 La question de l'admissibilité de la nullité partielle est particulièrement délicate. Car d'un côté, il est vrai que ramener à une mesure (à peine) admissible une clause qui oblige trop fortement le client, n'incite pas l'utilisateur des CGA à « purger » ses clauses contractuelles, puisque ce dernier ne court aucun risque. Cela n'est pas satisfaisant en termes de « prévention », laquelle est indéniablement un des effets recherchés par la loi.

1100 D'un autre côté, le maintien en l'état d'une clause tout juste admissible et la suppression pure et simple d'une clause à peine abusive – et donc très proche de la précédente – est une solution trop manichéenne, surtout si l'on considère qu'il est quasiment impossible de prédire où se situe la limite. Dès lors, l'utilisation de clauses admissibles sur leur principe mais critiquables quant à leur ampleur – typiquement celles qui comprendraient des chiffres – s'apparenterait pour l'utilisateur des CGA à un « coup de poker ». Cela n'est pas souhaitable, d'autant qu'il peut être parfois tout à fait légitime, voire nécessaire, de faire usage de ce type de clauses préformulées ; dans une telle hypothèse, la suppression pure et simple est en principe trop dure pour l'utilisateur des CGA¹⁴⁷². Le juge pourrait dès lors être tenté d'accueillir l'argument de ce dernier qui, à n'en pas douter, demandera la nullité totale d'un contrat devenu pour lui, suite à la suppression de la clause en question, très désavantageux. Pour éviter ce genre de difficulté, il pourrait également avoir tendance, dans les cas-limites, à considérer (en son for intérieur) que, certes, la clause est suffisamment défavorable au client pour être qualifiée d'abusives, mais que sa suppression totale serait encore bien plus défavorable à l'utilisateur des CGA, et que, dès lors, maintenir la clause serait la moins mauvaise solution.

1101 Ce conflit peut être désamorcé dans une large mesure si l'on admet une forme de nullité partielle qui devrait aboutir non à une clause à peine acceptable, mais à une solution équilibrée. Car ainsi, l'utilisateur des CGA est pénalisé – puisque la modification qui lui est imposée est importante – sans toutefois l'être à l'excès. Certes, la marge d'appréciation laissée au juge pour déterminer ce qu'est une clause équilibrée, est considérable. Mais l'insécurité du droit qui en résulte est surtout problématique pour l'utilisateur des CGA et pas tellement pour le client ; du moins pas si, quand le juge hésite entre deux solutions, il choisit la plus favorable au client.

1102 On fait grief à la nullité partielle d'être contraire à l'obligation de transparence. Nous avons pourtant vu qu'il faut se montrer réservé par rapport à ce principe aux contours trop flous. De plus, s'il est vrai que, en cas de nullité partielle, les parties ne connaîtront qu'au terme du procès leurs droits et obligations, cette affirmation vaut à chaque fois qu'un client invoque judiciairement les droits que lui confère la législation sur les clauses abusives, puisque l'issue d'un procès n'est jamais sûre ; autrement dit, une telle incertitude est inhérente à cette matière. De plus, comme l'expérience du droit allemand le démontre, l'obligation de transparence n'est pas apte à amener les utilisateurs de CGA à s'exprimer de manière concise, ce qui fait que, dans la très grande partie des cas, les clients ne lisent pas du tout les CGA ; à plus

¹⁴⁷² Cf. supra n° 141.

forte raison ne réfléchissent-ils donc pas aux conséquences de telle ou telle clause en cas de contestation judiciaire de celle-ci.

1103 La doctrine allemande affirme aussi que la nullité partielle conduirait à une solution dont aucune partie ne voulait. Cette affirmation laisse entendre que chacune des solutions « extrêmes » (maintien en l'état ou suppression totale) a au moins le mérite de correspondre à la volonté d'une des parties. Cet argument n'est pas pertinent, puisque seule une volonté hypothétique *commune* des parties peut être opérante. Dans cette optique, force est de constater que, des trois solutions possibles – maintien, suppression totale ou adaptation de la clause – seule cette dernière est susceptible de constituer un compromis acceptable pour les deux parties.

1104 Admettre, en matière de CGA, la nullité partielle, présenterait en outre l'avantage d'une bonne cohérence au sein de notre droit privé, lequel fait largement usage de cette institution (notamment en présence d'un contrat lésionnaire).

1105 Contrairement à BASEDOW¹⁴⁷³, nous ne pensons pas que la nullité partielle doit être subordonnée à l'ignorance (de bonne foi), par l'utilisateur des CGA, du caractère abusif de la clause. Cette exigence n'a qu'un but préventif. Or le risque de voir ramener la clause à une « juste mesure » devrait inciter l'utilisateur des CGA à exploiter certes, mais de manière prudente seulement, la zone grise se situant entre ce dernier niveau et celui à partir duquel une clause devient abusive. Qui plus est, l'introduction de cette condition serait nécessairement une source de complications – et donc d'incertitudes – supplémentaires dans le procès.

§ 4 Nullité de l'ensemble du contrat

1106 La possibilité de rendre nul l'ensemble du contrat devrait être l'*ultima ratio*. Car une telle mesure pose des problèmes délicats, d'autant plus si le contrat a déjà été en partie exécuté. Elle ne sera, la plupart du temps, pas conforme aux intérêts de la partie faible.

1107 La propension à déclarer nul l'ensemble du contrat est, par définition, inversement proportionnelle à celle de corriger le contrat. Etant donné que le TF admet le complètement judiciaire même sur des points essentiels du contrat, ce n'est qu'avec une grande réserve qu'il faudrait offrir la possibilité de déclarer nul l'ensemble du contrat. Bien plus, le fait que le TF corrige, pour

¹⁴⁷³ Münch. Komm., § 306 BGB, n° 14.

pouvoir le maintenir, un contrat lésionnaire¹⁴⁷⁴ – soit un contrat dans lequel le déséquilibre est véritablement manifeste et porte sur les prestations principales – montre à quel point la *favor negotii* est un principe important à ses yeux. Par un raisonnement *a maiore ad minus*, on en déduit que celui-ci devrait également valoir dans la législation relative aux CGA, qui permet de sanctionner des déséquilibres moins caractérisés (à moins, bien entendu, que des motifs spécifiques à cette matière ne s’y opposent, ce qui ne devrait pas être le cas). Ce d’autant plus que ces conditions préformulées ne se rapportent généralement pas aux prestations principales, contrairement à la lésion.

1108 Tout au plus devrait-on envisager la nullité totale lorsque les corrections apportées au contrat modifieraient si profondément la nature du contrat initial qu’il y a lieu d’admettre que l’une des parties ne l’aurait pas conclu. Et il nous semble que cette dernière affirmation doit être appréciée objectivement : il ne devrait en aller ainsi que si cela avait été clairement une « mauvaise affaire » pour cette partie que de conclure un tel contrat ou si le but économique de la convention modifiée diverge de celle passée initialement. Vu que les corrections apportées recherchaient la volonté hypothétique des parties – étant donné que, par défaut, le droit dispositif serait considéré comme tel – ou, s’agissant de nullité partielle, elles tendraient à une solution équilibrée, les cas de nullité de tout le contrat devraient être exceptionnels.

1109 Une autre hypothèse dans laquelle cette mesure pourrait survenir serait celle dans laquelle une lacune ne pourrait pas être comblée par une norme légale dispositiva et que le juge ne disposerait d’*aucun point de repère* pour déterminer la volonté hypothétique des parties. On pense ici à l’affaire dans laquelle le TF a refusé d’adapter le contrat prévoyant une cession globale de créances. Mais ici aussi, le cas devrait être rare.

1110 Il se peut au surplus que l’utilisateur des CGA commette un abus de droit en demandant la nullité de l’ensemble du contrat. Il nous semble plus prudent d’en rester à cette institution, à la fois souple et suffisamment éprouvée, plutôt que de se risquer à établir une typologie des cas dans lesquels l’utilisateur des CGA ne devrait pas pouvoir se prévaloir de la nullité totale.

1111 Il devrait être loisible aux parties de prévoir, par accord individuel uniquement, que la nullité de telle(s) ou telle(s) clause(s) préformulée(s), bien identifiée(s) emporte celle de tout le contrat. Car s’il y a véritablement un accord individuel, les risques typiques liés à l’emploi de CGA sont évités, même si, dans ce cas précis, l’accord a une influence sur la teneur de règles préformulées.

¹⁴⁷⁴ ATF 123 III 292.

§ 5 *Obligation de réparer le dommage*

- 1112 La présence, dans des CGA, de clauses abusives, peut occasionner pour le client un dommage. Celui-ci peut, notamment, consister en les frais engagés pour supprimer une telle clause. Il est important que ce dommage puisse être réparé. A défaut, il ne vaudrait souvent – et en particulier lorsque la valeur litigieuse est faible – pas la peine, pour le client, d’agir.
- 1113 Encore faut-il savoir sur quelle base pourrait, respectivement devrait, se fonder une telle action. Etant donné que, selon nous, la loi à créer devrait se limiter à l’essentiel, il conviendrait de n’introduire une disposition *ad hoc* que si cette question ne peut pas être résolue de manière satisfaisante par l’application de la partie générale du CO et des principes qui en découlent.
- 1114 L’art. 97 CO doit être d’emblée écarté, puisque l’utilisation d’une clause abusive n’est pas une inexécution ou une mauvaise exécution du contrat, mais serait, *de lege ferenda*, une violation des normes sanctionnant les clauses abusives. En revanche, aussi bien l’art. 41 CO que la *culpa in contrahendo* pourraient être des instruments idoines. S’agissant de cette dernière, il sied de rappeler que, depuis l’arrêt Swissair¹⁴⁷⁵, le TF voit en elle le modèle et désormais un cas d’application de la responsabilité fondée sur la confiance.
- 1115 En effet, il ne fait guère de doute que les conditions d’application de l’action aquilienne sont susceptibles d’être remplies. Les dispositions devant sanctionner, *de lege ferenda*, les CGA abusives, auraient pour but la protection de la partie faible ; elles constitueraient dès lors incontestablement une norme spécifique de comportement, si bien que la condition de l’illicéité serait remplie à chaque fois qu’une telle norme serait transgressée. L’intégration, dans des CGA, de clauses abusives, est évidemment susceptible de constituer une faute, dont il ne devrait guère être problématique d’établir qu’elle se situe dans un lien de causalité adéquate avec le dommage.
- 1116 Une faute, un dommage et un lien de causalité adéquate entre ces deux éléments sont également requis pour qu’une *culpa in contrahendo* soit retenue. Le TF, dans sa jurisprudence récente¹⁴⁷⁶, considère que celle-ci est relève, quant à ses modalités, de l’action contractuelle ; cela n’est toutefois pas vrai pour la prescription, qui appartient au droit délictuel¹⁴⁷⁷. L’enjeu du choix entre action délictuelle et *culpa in contrahendo* concerne donc la réparation du dommage et le fardeau de la preuve de la faute.

¹⁴⁷⁵ ATF 120 II 331,

¹⁴⁷⁶ ATF

¹⁴⁷⁷ ATF 134 III 390.

- 1117 On ne voit pas pourquoi seul l'intérêt « négatif » du client devrait être compensé, comme il en irait si l'on optait pour la *culpa in contrahendo*. Une telle limitation – dont il nous semble difficile de mesurer, de manière générale, la réelle portée – n'a pas sa raison d'être¹⁴⁷⁸.
- 1118 Le fardeau de la preuve de la faute est évidemment une question importante d'un point de vue théorique. En pratique cependant, celle-ci ne joue pas un rôle déterminant. En effet, bien souvent, on aboutit à une répartition du fardeau¹⁴⁷⁹. En tout état de cause, imposer la preuve de la faute au client ne péjore pas forcément la situation de ce dernier, du moins pas si l'on admet que commet une faute l'utilisateur des CGA qui a fait usage d'une clause clairement condamnée par la jurisprudence.
- 1119 Au vu de ce qui précède, l'application de l'art. 41 CO nous semble donc plus judicieuse. De plus, de manière générale, si un même objectif peut être atteint par deux moyens dont l'un est expressément prévu par la loi et l'autre pas, le premier doit être privilégié, au risque sinon d'un développement trop important de solutions prétoriennes. Sans doute y a-t-il des cas dans lesquels l'action délictuelle sera inopérante ; le client devrait alors être libre de se prévaloir alors des règles de la *culpa in contrahendo*.

Chapitre 9 : Résumé/Proposition législative

- 1120 La légistique est une science à part entière, que nous ne maîtrisons pas. Toutefois, pour synthétiser ce qui a été dit dans cette troisième partie, nous nous risquons ici à une proposition concrète de loi sur les CGA, devant figurer dans le CO¹⁴⁸⁰. La problématique se situant, d'un point de vue dogmatique, entre le contenu des clauses et le consentement dont elles ont été l'objet, les dispositions en question devraient naturellement trouver leur place après l'art. 20 CO.

¹⁴⁷⁸ En effet, l'indemnisation du seul intérêt négatif trouve sa justification dans le fait que ce dernier correspond à l'intérêt du cocontractant à la bonne exécution des obligations précontractuelles de l'autre partie ; celles-ci consistent la plupart du temps en des obligations d'informations envers l'autre partie qui, si elles avaient été communiquées, auraient dissuadé cette dernière de conclure (THÉVENOZ, CR-CO I, art. 97, n° 35). Cette explication ne s'applique pas au contexte qui nous occupe ici.

¹⁴⁷⁹ WIDMER/WESSNER, p. 68.

¹⁴⁸⁰ Cf. supra n° 910 ss.

« II. bis Conditions
générales d'affaires
1. Généralités

Art. 20a

¹ *Les conditions générales d'affaires sont toutes les clauses préformulées, qui sont proposées par l'utilisateur.*

² *Elles ne sont valablement intégrées au contrat que si le client a pu raisonnablement en prendre connaissance. Si elles font l'objet d'un document séparé, un renvoi doit figurer dans le texte du contrat.*

³ *Dans le doute, elles s'interprètent dans le sens le plus défavorable à leur utilisateur.*

2. Caractère abusif

Art. 20b

¹ *Sont abusives et, par voie de conséquence, nulles, les conditions générales d'affaires qui ont pour objet ou pour effet de créer, en dépit de l'exigence de bonne foi, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.*

² *Sont notamment abusives les conditions générales d'affaires qui :*

a. constituent une dérogation incompatible avec le droit applicable au contrat, directement ou par analogie,

b. mettent en danger la réalisation du but du contrat.

³ *Dans les contrats avec les consommateurs, sont réputées abusives les conditions générales d'affaires qui :*

a. instituent une asymétrie entre les droits et obligations des parties ;

b. restreignent, d'une quelconque manière, la possibilité pour le client de faire valoir les droits que lui confèrent la loi ou le contrat ;

c. permettent à l'utilisateur d'opérer des modifications unilatérales du contrat ou de ne pas exécuter, ou de n'exécuter que partiellement, ses obligations, tout en imposant au client d'exécuter complètement les siennes.»

Chapitre 10 : Synthèse

§ 1 Généralités

1121 Seule une modification législative semble à même de pallier les lacunes du droit suisse en matière de CGA. Le siège de la matière devrait être la partie générale du CO. Cela se justifie par le fait qu'une législation sur les clauses abusives est susceptible de jouer un rôle dans tout type de contrat. Cela éviterait également un trop grand éparpillement législatif. D'un point de vue

systématique, les normes à introduire devraient se situer après les art. 19 et 20 CO, qui définissent la liberté contractuelle et ses limites quant au contenu du contrat¹⁴⁸¹. Les règles à mettre en place devraient être succinctes. En effet, des dispositions trop longues ou trop complexes seraient inutiles. Elles seraient même dangereuses, en ce sens que se poseraient des problèmes de délimitations, voire des risques de contradiction. Le champ d'application personnel de la loi devrait, selon la conception retenue dans ce travail, ne pas se limiter aux seuls consommateurs, même si cette catégorie de contractant devrait bénéficier d'une protection renforcée.

§ 2 *Prise en compte des circonstances*

1122 La question – transversale puisqu'elle peut toucher l'intégration, l'interprétation, le contrôle du contenu et les conséquences du caractère abusif d'une clause – de l'importance à donner aux circonstances d'espèce, devrait être résolue de la manière suivante : seules devraient être prises en compte les circonstances individuelles qui divergent notablement de la situation dans laquelle se trouvent typiquement deux parties concluant le contrat en cause. Encore faudrait-il que l'utilisateur des CGA ait connu ces circonstances (ou ait dû les connaître) et dû admettre, selon les règles de la bonne foi, qu'elles auraient poussé un tel client, conscient de la portée des clauses en question, à ne pas les accepter ou, du moins, à chercher à les négocier.

§ 3 *Champ d'application matériel*

1123 L'objet et la forme du contrat ne devraient jouer aucun rôle. Est évidemment décisive la notion de CGA, puisque c'est elle qui détermine le champ d'application matériel de la loi. Le critère principal doit être la préformulation. L'(intention d')utilisation pour un grand nombre de cas ne semble en revanche pas décisive. L'utilisateur d'un texte devrait toujours pouvoir établir (même si cela pose un certain nombre de problèmes pratiques) qu'une clause, certes préformulée, a été négociée – ce qui exclut que la loi lui soit appliquée. La question de l'initiative de l'intégration n'a pas suffisamment d'importance pour figurer dans la loi.

1124 Ne devraient en principe pas pouvoir être contrôlées les clauses reflétant des dispositions légales. Cela semble tant aller de soi qu'il est inutile de le préciser dans la loi. Cette dernière remarque vaut également pour les clauses relatives

¹⁴⁸¹ C'est du reste cet emplacement systématique qui était préconisé dans le cadre de la modification de la LIC (cf. supra n° 190) et l'est dans celui de la modification de la LCA (cf. supra n° 195).

à l'objet principal du contrat, lesquelles du reste ne figurent en principe pas dans les GGA ; il faut pourtant noter que les clauses s'écartant des prestations principales dues, pour le contrat en cause, en vertu de la loi ou des règles de la bonne foi, doivent pouvoir être contrôlées (ce que fait, du reste, le BGH).

1125 Les contrats relevant du droit du travail, des successions, de la famille et des sociétés doivent en principe être soumis à la loi. En effet, lorsqu'ils comportent des CGA, celles-ci posent les mêmes problèmes que dans d'autres domaines. De plus, exclure ces contrats du champ d'application de la loi compromettrait l'unité de notre droit privé.

§ 4 Intégration

1126 Pour que les CGA soient valablement intégrées, le contrat principal doit y renvoyer expressément, sous réserve des cas où l'invocation d'un renvoi exprès constituerait un abus de droit. De plus, lorsque des raisons pratiques l'exigent, on devrait pouvoir se contenter d'un affichage bien lisible.

1127 Au surplus, le client devrait avoir la possibilité de prendre raisonnablement connaissance des CGA. Toutefois, eu égard à l'évolution technologique, il serait possible d'exiger à moyen terme de l'utilisateur des CGA la remise de ces dernières au client.

1128 Des problèmes matériels – à savoir le caractère compréhensible des clauses – devrait être propres à affecter l'intégration. Toutefois, cela ne vaut qu'avec réserve, pour les cas dans lesquels le client, après avoir pris le temps de lire attentivement une clause et de réfléchir à son contenu, n'est pas à même d'en dégager un sens possible.

1129 Si une clause n'a pas été intégrée, il n'y a tout simplement pas eu d'accord sur ces points ; les art. 1 s. CO s'appliquent.

§ 5 Interprétation in dubio contra stipulatorem

1130 L'interprétation *in dubio contra stipulatorem* ne doit intervenir qu'à titre subsidiaire. Elle devrait être pratiquée dans sa version « *kundenfeindlich* ». Cela permettrait d'inciter largement l'utilisateur des CGA à s'exprimer clairement, sans avoir à passer par une institution aussi « nébuleuse » que l'obligation de transparence.

§ 6 *Priorité des conventions individuelles*

- 1131 La priorité des conventions individuelles sur les CGA, admise déjà *de lege lata*, devrait naturellement subsister. Elle trouve sa justification dans le principe de la confiance ainsi que dans l'interdiction de *venire contra factum proprium*. Cette manière pragmatique d'aborder la nature de cette règle permet de régler avec souplesse les cas dans lesquels l'accord individuel auquel il est dérogé s'avère inefficace.
- 1132 Le principe de la priorité des conventions individuelles devrait avoir une large portée. Il semble notamment qu'il devrait pouvoir faire obstacle à une clause de forme écrite. Cependant, la problématique est complexe et si large qu'il faut se méfier de toute affirmation trop péremptoire.

§ 7 *Contrôle du contenu*

- 1133 Un contrôle du contenu n'est pas envisageable sans clause générale. Cet instrument a une double utilité : d'une part il évite les lacunes que créeraient forcément une disposition plus spécifique et d'autre part, il a une portée symbolique. Reste à savoir quels devraient être les éléments composant la clause générale. A cet égard, les systèmes examinés sont relativement proches et peu discutés en doctrine. Seul LAGARDE envisage d'autres critères, mais ceux-ci ne sont pas plus faciles à mettre en œuvre que ceux utilisés par les droits français et allemand ; de surcroît, ils ne sont peut-être pas aptes à appréhender toute la problématique. La notion de « déséquilibre significatif » est préférable à celle de « désavantage inapproprié » parce qu'elle ne se focalise pas sur la position d'une partie mais appréhende, de manière relative, celle des deux contractants. La référence à la bonne foi devrait figurer dans la loi pour tenir compte de ce qu'une clause peut certes créer un déséquilibre significatif, mais être nécessaire à l'utilisateur des CGA ; dans cette hypothèse, ce dernier n'agit pas contrairement aux règles de la bonne foi et la clause ne doit pas être considérée comme abusive.
- 1134 Quelques principes – qui ne devront pas être appliqués aveuglément – pourront aider le juge à interpréter la clause générale, tels que la proportionnalité, la maîtrise du risque et l'assurabilité. De plus, toute obligation imposée au client peut être propre à créer un déséquilibre significatif, qu'elle figure dans une clause principale ou accessoire. Si un lien matériel existe entre une clause défavorable au client et une autre qui lui est favorable, on peut admettre que celles-ci s'« annulent ». L'argument du prix doit être rejeté, sous réserve des exceptions que connaît le droit allemand. Enfin, il convient de se méfier des clauses qui n'éveillent pas l'attention du client lors de la signature

du contrat et sont susceptibles de rompre, pas de manière systématique mais dans certains cas seulement, l'équilibre contractuel.

1135 Une (importante) dérogation aux règles légales et au but du contrat doit faire présumer un déséquilibre significatif. Ces critères sont pertinents et revêtent une importance pratique indéniable. Cette dernière affirmation se vérifie également en France, où le texte légal ignore pourtant ces éléments. Du reste, ces derniers sont déjà présents dans l'art. 8 LCD. Le législateur devrait donc les reprendre lorsqu'il se saisira véritablement de la problématique des CGA. A défaut, une interprétation historique pourrait dénier toute importance à ces critères. Concrètement, le texte légal devrait faire référence d'une part à une « dérogation incompatible » – cette expression contenant à la fois un aspect quantitatif et un jugement de valeur – au « droit applicable » – notion préférable (parce que plus large) – à celle de « réglementation légale ». D'autre part, il devrait être question de « mise en danger du but du contrat ». Cette formulation permet en effet de faire l'économie de la notion de « nature du contrat », ainsi que de celle d'« écart notable ».

1136 Des conflits ne sont pas exclus, que ce soit entre les deux critères précités d'une part et entre ceux-ci et la clause générale d'autre part. Ils devraient être résolus de la manière suivante. Le client devrait pouvoir démontrer qu'une clause est incompatible avec le droit applicable et/ou met en danger le but du contrat – ces deux éléments étant sur un pied d'égalité. S'il y parvient, l'utilisateur des CGA ne devrait pas pouvoir démontrer que la clause résiste à un examen à l'aune de la clause générale. Celui-ci devrait cependant toujours être admis à établir que, en utilisant cette clause, il n'agit pas de manière contraire à la bonne foi.

1137 Une liste de clauses apparaît comme un outil précieux pour préciser les intentions du législateur et permettre un développement plus structuré de la jurisprudence. Une liste « blanche », aucunement contraignante, n'est pas suffisante pour accroître la sécurité du droit. A l'inverse, une liste « noire » est un instrument trop draconien ; de plus, il est difficile de déterminer quels types de clauses sont suffisamment défavorables au client pour y figurer. En revanche, une liste grise constitue un bon compromis. Dans le modèle proposé, la liste ne s'appliquerait qu'aux contrats passés avec un consommateur ; il ne devrait toutefois pas être interdit au juge saisi d'un litige entre professionnels de tenir compte – dans une certaine mesure – de ce que la clause sur laquelle il doit se prononcer y figure.

1138 Étant donné qu'il n'est pas possible de mentionner toutes les clauses particulièrement à même de créer un déséquilibre significatif, il est préférable de s'en tenir d'emblée à une liste brève. Cette dernière ne pourrait pas être appliquée de manière mécanique mais devrait toujours s'accompagner d'un

solide raisonnement ; de même, elle ne risquerait pas d'être interprétée *a contrario*. Enfin, un catalogue trop fourni déséquilibrerait le texte légal. Les éléments figurant dans la liste devraient de plus être relativement souples et simples, mais relativement précis. Ces exigences ne sont pas faciles à satisfaire, d'autant qu'elles sont partiellement contradictoires. Néanmoins, nous nous risquons à suggérer une liste qui viserait les clauses: 1) instituant des asymétries entre les droits et les obligations des parties, 2) restreignant la possibilité pour le client de faire valoir ses droits, 3) permettant des modifications unilatérales du contrat et 4) permettant à l'utilisateur des CGA de ne pas exécuter ses prestations alors que le client devrait exécuter les siennes.

§ 8 Conséquences du caractère abusif d'une clause

- 1139 Une clause nulle parce qu'abusive est dépourvue de toute efficacité. Telle est l'hypothèse la plus simple, laquelle suppose pourtant que cela ne crée pas de lacune contractuelle. Si cette condition n'est pas réalisée, c'est la volonté hypothétique des parties qui devra être recherchée – même si cela pourra s'avérer souvent difficile – et, à défaut, le droit dispositif devrait être appliqué.
- 1140 La nullité partielle devrait être admise, étant entendu que le juge ne devrait pas rechercher une solution « tout juste acceptable », mais, au contraire, faire en sorte que la clause, une fois corrigée, devienne véritablement équilibrée.
- 1141 La nullité de l'ensemble du contrat ne devrait constituer qu'une *ultima ratio*. Elle ne devrait être admise que lorsque les corrections apportées modifieraient si profondément la nature du contrat initial que, selon toute vraisemblance, l'une des parties ne l'aurait pas conclu. Cette appréciation devrait se faire selon des critères objectifs.
- 1142 Si l'utilisation de CGA abusives provoque un dommage au client, celui-ci devrait pouvoir en réclamer la réparation sur la base de l'art. 41 CO.

PARTIE 8 : CONCLUSION GENERALE

- 1143 Le droit suisse actuel connaît des règles d'intégration des CGA, accorde la priorité aux conventions individuelles par rapport aux CGA et interprète ces dernières, dans le doute, *contra stipulatorem*. En revanche, il ne comprend aucune règle de contrôle du contenu digne de ce nom. En effet, la règle de l'insolite est peu efficace et ne permet d'intervenir que dans des cas extrêmes. Le bilan de l'art. 8 LCD est encore plus défavorable, puisque la condition de la « nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie » est rédhibitoire en dépit de toutes les interprétations qui ont pu en être faites. La doctrine souhaite un contrôle du contenu et suggère que certains principes généraux du droit privé pourraient être utilisés à cette fin. Le TF est pourtant resté sourd à ces appels et rien ne laisse à penser qu'il changera d'avis.
- 1144 La directive 93/13 prévoit, elle, un contrôle du contenu dans les contrats de consommation ; celui-ci s'effectue sur la base d'une clause générale et d'une liste de clauses. Cette directive institue également une obligation dite de « transparence ». Elle a fait l'objet d'une jurisprudence peu importante qui, au surplus, touche exclusivement des aspects procéduraux.
- 1145 Le droit français transposant la directive protège le consommateur et le non professionnel, cette dernière notion étant interprétée restrictivement par la cour de cassation et plus largement – mais de manière peu cohérente – par les instances inférieures. Le contrôle du contenu s'effectue sur la base d'une clause générale et d'une liste, toutes les deux (quasi-) identiques à celles de la directive 93/13. La liste est dite « blanche », en ce sens qu'elle n'a que valeur d'indice. La jurisprudence française a été peu « systématisée » ; pourtant, en l'analysant, on se rend compte que certaines tendances se dégagent assez nettement. Les tribunaux voient, semble-t-il, dans la violation de l'obligation de transparence, un motif suffisant pour déclarer nulle une clause préformulée.
- 1146 Le droit allemand protège tout client amené à accepter des CGA, tout en favorisant les consommateurs. Il contient des règles précises d'intégration (nécessité d'un renvoi, possibilité de prendre connaissance des CGA, accord du client et absence de caractère surprenant des clauses). La jurisprudence a donné un sens particulier à l'interprétation *in dubio contra stipulatorem* : il s'agit de l'interprétation dite « *kundenfeindlich* », qui se focalise sur le sens le plus défavorable au client pour, s'il y a lieu, déclarer la clause abusive sur cette base. Le contrôle du contenu s'effectue grâce à une clause générale, complétée par deux éléments particuliers (sont réputées abusives, en cas de doute, les clauses 1) instituant une dérogation incompatible avec les principes

fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elles dérogent ou 2) restreignant à tel point les droits ou obligations résultant de la nature du contrat qu'elles mettent en danger le but de ce dernier) et par deux imposantes listes. La (seule) violation de l'obligation de transparence est à même de rendre une clause abusive. De manière générale, le droit allemand est opposé, pour toute question touchant aux CGA, à la prise en compte des circonstances d'espèce. S'agissant de la sanction liée au caractère abusif d'une clause, il n'admet pas la nullité partielle.

1147 Les tribunaux français et allemands sont fréquemment saisis de litiges concernant des CGA, même lorsque des sommes relativement restreintes sont en jeu. Appliquant un système de lutte contre les clauses abusives issu de la directive 93/13, ils sanctionnent fréquemment des abus commis par les utilisateurs de CGA. Ces deux ordres juridiques se distinguent fondamentalement par leur conception de la partie faible au contrat ; la solution retenue par nos voisins d'outre-Rhin nous paraît préférable à bien des égards. Dans ces deux États, le contrôle du contenu ne conduit pas à des solutions aussi disparates qu'on aurait pu le craindre vu l'hétérogénéité des clauses qui y sont soumises. De plus, les tribunaux parviennent à pondérer de manière tout à fait satisfaisante les intérêts en présence. Il est donc permis de dresser un bilan globalement positif des systèmes examinés – à tout le moins si on les compare au droit suisse *de lege lata* – même s'il est excessif de considérer qu'une clause peut être déclarée nulle parce que pas suffisamment « transparente ».

1148 Cela nous incite à suggérer l'introduction, dans la partie générale du CO, de quelques dispositions, relativement brèves, traitant des CGA et instaurant en particulier un contrôle du contenu. La notion de CGA y serait définie principalement par la préformulation qui caractérise ce type de clauses. Les CGA ne seraient intégrées au contrat qu'en cas de renvoi exprès et de possibilité pour le client de prendre raisonnablement connaissance de leur contenu ; en revanche, des problèmes matériels (caractère compréhensible d'une clause) ne seraient susceptibles de faire obstacle à l'intégration que dans des cas extrêmes. Il conviendrait d'inscrire dans la loi le principe *in dubio contra stipulatorem* et de lui donner le même sens qu'en droit allemand (interprétation « *kundenfeindlich* »). La priorité des conventions individuelles devrait être reconnue, tout en résolvant de manière pragmatique les problèmes qui peuvent survenir en cas d'inefficacité de la clause individuelle. Le contrôle du contenu devrait être instauré sur la base d'une clause générale complétée par les éléments que connaît le droit allemand. Celle-ci pourrait être interprétée selon les principes dégagés par les tribunaux français et allemands. En outre, figurerait dans la loi une courte liste ayant valeur de présomption simple, dont seuls les consommateurs pourraient se prévaloir. La nullité partielle d'une clause devrait être admise. La nullité de tout le contrat ne devrait intervenir qu'à titre tout à fait exceptionnel.

ANNEXE

Le décret instituant les listes de clauses mentionnées par le nouvel art. L. 132-1 c. consom. a été édicté le 18 mars 2009, alors que ce travail se trouvait déjà chez l'éditeur. Il est entré en vigueur le 21 mars 2009. Il ne nous a donc pas été possible d'analyser ce texte, que nous nous contentons de reproduire ci-après.

Article R132-1

Modifié par Décret n°2009-302 du 18 mars 2009 - art. 1

Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;

2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;

3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;

4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;

6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;

7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;

8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ;

9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;

10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;

12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

Article R132-2

Modifié par Décret n°2009-302 du 18 mars 2009 - art. 2

Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce ;

3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;

4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur ;

6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1 ;

7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;

8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ;

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

Article R132-2-1

Modifié par Décret n°2009-302 du 18 mars 2009 - art. 3

I.-Le 3° de l'article R. 132-1 et les 4° et 6° de l'article R. 132-2 ne sont pas applicables :

a) Aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours, d'un indice ou d'un taux que le professionnel ne contrôle pas ;

b) Aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux émis en bureau de poste et libellés en devises.

II.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le non-professionnel ou le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de motif légitime, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat.

III.-Le 8° de l'article R. 132-1 et le 4° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce sans préavis en cas de motif légitime, à condition que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement.

IV.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat, lorsqu'il est conclu à durée indéterminée, stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications liées au prix du bien à livrer ou du service à rendre à la condition que le consommateur en ait été averti dans un délai raisonnable pour être en mesure, le cas échéant, de résilier le contrat.

V.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications au contrat liées à l'évolution technique, dès lors qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de la qualité et que les caractéristiques auxquelles le non-professionnel ou le consommateur a subordonné son engagement ont pu figurer au contrat.

David Bouverat
Industrie 7
2345 Les Breuleux
078 859 59 12
davidbouverat@hotmail.com

Neuchâtel, le 11 mars 2009

PRIORITAIRE
Université de Neuchâtel
Faculté de droit
Monsieur le Doyen
Av. du 1^{er}-Mars 26
2000 Neuchâtel

Concerne : dépôt de ma thèse de doctorat/dérogation

Monsieur le Doyen,

Par la présente, je sollicite, conformément à l'art. 3 de la directive de l'Université de Neuchâtel sur le dépôt des thèses du 26 septembre 2005, une dérogation à la publication de ma thèse sur internet.

En effet, je souhaite que ma thèse fasse l'objet d'une publication commerciale.

Comme vous le savez, mon directeur de thèse, Pierre Wessner, a formulé un préavis favorable à ma demande.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Doyen, mes respectueuses salutations.

David Bouverat

13.3.2009

Déclaration du doctorant ou de la doctorante lors du dépôt de sa thèse.

Vu les directives de l'Université de Neuchâtel pour le dépôt de thèses du 26 septembre 2005 et dont copie est remise ci-jointe, lesquelles directives autorisent notamment l'Université à publier la thèse sur internet, sans limitation dans le temps ;

Vu la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, du 9 octobre 1992 qui prévoit notamment :

Article 25

«Les citations tirées d'œuvres divulguées sont licites dans la mesure où elles servent de commentaire, de référence ou de démonstration et pour autant que leur emploi en justifie l'étendue.»

La citation doit être indiquée; la source et, pour autant qu'il y soit désigné, l'auteur, doivent être mentionnés ».

Article 68

« Quiconque aura, intentionnellement, omis de mentionner, dans les cas où la loi le prescrit, la source utilisée et, pour autant qu'il y soit désigné, l'auteur, sera, sur plainte du lésé, puni de l'amende ».

Déclaration

- 1. Le/la soussigné-e déclare avoir reçu ce jour un exemplaire des directives du 26 septembre 2005 susmentionnées et avoir pris connaissance de l'ensemble des conditions, droits et obligations liés au dépôt de sa thèse ;**
- 2. Il/elle déclare avoir, lors de la rédaction de sa thèse de doctorat, respecté les dispositions légales en matière de droit d'auteur ;**
- 3. Le ou la soussigné-e s'engage en outre à assumer seul-e l'entière responsabilité d'un éventuel litige pouvant résulter d'une violation du droit d'auteur en relation avec le dépôt de sa thèse.**
- 4. Le ou la soussigné-e déclare avoir pris note que l'Université se réserve le droit de retirer les exemplaires diffusés par ses soins et de supprimer la diffusion électronique de la thèse si son contenu, sur le fond ou la forme, faisait l'objet d'un litige de nature civile ou pénale.**

publication
commerciale
DJF

Nom et prénom : Bouverat David

Ainsi fait en deux exemplaires le 28 mai 2009 à 2365 Les Breuleux (JU)

Signature :

DJF