

Les clauses abusives dans les contrats de consommation : critères d'appréciation au regard de la jurisprudence européenne

Auteur : Dejalle, Gwendolyn

Promoteur(s) : Biquet, Christine

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/9186>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**Les clauses abusives dans les contrats de consommation :
critères d'appréciation au regard de la jurisprudence
européenne**

Gwendolyn DEJALLE

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique 2019-2020

Recherche menée sous la direction de :

Madame Christine BQUET

Professeur ordinaire

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes remerciements les plus sincères à ma promotrice, Madame Christine Biquet, pour ses conseils avisés et pertinents, sans lesquels mon travail de fin d'études n'aurait pas eu la forme et la substance qu'il a aujourd'hui. Merci également pour la disponibilité dont vous-même et vos assistantes avez fait preuve au cours de cette année académique afin de me guider dans la réalisation de ce travail.

Je remercie également tout le personnel de la bibliothèque Léon Graulich pour leur disponibilité sans faille tout au long de la période du confinement suite à la pandémie de Covid-19.

Enfin, je remercie l'ensemble de mes proches qui, par leur relecture et leurs commentaires, ont participé au perfectionnement de ce travail de fin d'études.

RÉSUMÉ

Le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 5 avril 1993, une directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. L'objectif du législateur européen est clairement de renforcer la protection du consommateur, partie faible du contrat de consommation. Le principe de l'harmonisation minimale est applicable à cette directive, c'est-à-dire que les États membres peuvent prévoir une protection du consommateur plus forte que celle qui est prévue dans la directive.

La caractéristique principale d'une clause abusive est qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et ce, au détriment du consommateur. L'objet de ce travail est de dégager les critères d'appréciation qui permettront de déterminer si une clause crée un déséquilibre significatif entre les parties.

Certains critères sont établis par la directive, comme l'appréciation *in concreto* et le critère de bonne foi. D'autres ont été développés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne et par la doctrine au fil des années. Tel est le cas du critère du droit supplétif, de celui de la proportionnalité des clauses sanctionnant l'inexécution ou encore de celui de l'unilatéralisme. En outre, certains de ces critères sont sujets à controverses ; nous aurons l'occasion de les parcourir. Les disparités avec le droit belge sont brièvement évoquées.

Il sera aussi question de l'exigence de transparence, de la notion qu'elle recouvre, et du rôle qu'elle est appelée à jouer en matière de clauses abusives. Enfin, l'annexe de la directive 93/13/CEE sera analysée au niveau de son contenu et de sa portée. Suite à cela, nous focaliserons notre attention sur les systèmes mis en place par le droit belge, tant pour le secteur B2C que pour le secteur B2B. Finalement, un critère d'analogie avec les listes sera également analysé à l'occasion de cette discussion.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF	7
Section 1. Déséquilibre juridique et non déséquilibre économique	8
Sous-section 1. Exclusion de la lésion	9
Sous-section 2. Exclusion des clauses définissant l'objet principal	10
Sous-section 3. Justification	11
Section 2. Le critère de la contrariété à la bonne foi	12
Sous-section 1. La bonne foi au sens de la directive 93/13	12
Sous-section 2. Critère distinct du déséquilibre significatif	13
Sous-section 3. Quid en droit belge ?	14
Section 3. L'appréciation <i>in concreto</i>	15
Sous-section 1. La nature du bien ou du service	15
Sous-section 2. Les circonstances entourant la conclusion du contrat	16
Sous-section 3. Les autres clauses contractuelles	17
Section 4. Le critère du droit supplétif	18
Section 5. Le critère de proportionnalité des sanctions	19
Section 6. L'unilatéralisme	20
Sous-section 1. Absence de réciprocité	21
Sous-section 2. Arbitraire du professionnel	22
CHAPITRE 2. L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE	23
Section 1. Rédaction claire et compréhensible	23
Sous-section 1. Transparence formelle	24
Sous-section 2. Transparence matérielle	24
Section 2. Interprétation la plus favorable au consommateur	25
Section 3. Critère d'appréciation autonome ?	26
CHAPITRE 3. LES LISTES DE CLAUSES ABUSIVES	27
Section 1. Annexe de la directive 93/13	27
Sous-section 1. Liste grise	27
Sous-section 2. Contenu de la liste	28
Section 2. Quid en droit belge ?	29
Sous-section 1. Liste noire	29
Sous-section 2. Nouvelle loi B2B2 : un système hybride	30
Section 3. Critère d'analogie avec les listes	31
CONCLUSION	32
BIBLIOGRAPHIE	34

INTRODUCTION

1. Au début des années 1990, un besoin d'harmonisation se fait sentir en droit de la consommation au sein de l'Union européenne, pour une meilleure protection du consommateur. En effet, force est de constater que le professionnel profite bien trop souvent de sa position de supériorité, notamment par l'insertion de clauses abusant de la faiblesse du consommateur, communément appelées les « clauses abusives ». Ce phénomène est d'autant plus problématique lorsque le consommateur conclut un contrat de consommation avec un professionnel faisant partie d'un État membre autre que le sien.

Ce besoin d'harmonisation s'est concrétisé par l'adoption de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹. Cette directive a pour objectif de renforcer la protection du consommateur contre les clauses abusives dans les contrats de consommation, en rapprochant les législations des États membres à cet égard². Elle s'applique aux « *contrats conclus entre un professionnel et un consommateur* »³, soit aux relations B2C (*business to consumer*).

2. Il est important de noter que les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle ne rentrent pas dans le champ d'application de la directive 93/13⁴. Dans le cadre d'une négociation individuelle de clauses, le risque qu'elles soient abusives est en effet moins grand pour le consommateur. Une clause n'ayant pas été négociée individuellement est une clause, quant à elle, qui a été rédigée préalablement par le professionnel, sans que le consommateur n'ait pu avoir une influence sur son contenu⁵. Il s'agit donc typiquement des clauses de contrats d'adhésion : le consommateur n'a pas d'autre choix que de les accepter. Seul ce type de clauses ont été visées par le législateur européen dans le cadre de la directive 93/13. En ce qui concerne les contrats dans lesquels seules certaines clauses ont fait l'objet d'une négociation individuelle, la directive s'applique tout de même aux clauses non négociées individuellement du contrat s'il peut être considéré comme un contrat d'adhésion dans son ensemble⁶.

3. La directive 93/13 est une directive dite d'« harmonisation minimale ». L'article 8 de celle-ci permet effectivement aux États membres d'apporter aux consommateurs un niveau de protection plus élevé, en imposant des exigences plus strictes que les exigences minimales

¹ Ci-après « la directive 93/13 » ou « la directive ».

² « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », Communication de la Commission européenne, 22 juillet 2019, Bruxelles, C(2019)5325 final, p. 6.

³ Article 1(1) de la directive 93/13/CEE.

⁴ Article 3(1) de la directive 93/13/CEE.

⁵ Article 3(2) de la directive 93/13/CEE.

⁶ *Ibidem*.

établies par la directive⁷. Par exemple, un État membre peut décider que les règles relatives aux clauses abusives s'appliquent également aux clauses négociées individuellement⁸. C'est ainsi qu'en droit belge, la protection accordée aux consommateurs par le biais des articles VI.82 à VI.87 du Code de droit économique est plus étendue puisque les clauses négociées individuellement sont également contrôlées quant à leur caractère abusif⁹.

4. L'objet de cette contribution est de dégager les critères d'appréciation de clauses abusives, et ce, au regard de la jurisprudence européenne en la matière. Cependant, notons que le rôle de la Cour de Justice de l'Union Européenne se limite à fournir aux juridictions des États membres des lignes directrices pour l'appréciation du caractère abusif des clauses. À plusieurs reprises, la Cour insiste sur le fait qu'il appartient aux juridictions nationales de conclure au caractère abusif de clauses contractuelles litigieuses, compte tenu des circonstances de l'espèce¹⁰.

5. La question de la sanction des clauses abusives ne faisant, elle, pas partie de l'objet de cette contribution, nous n'en dirons que quelques mots. Une fois que le juge national constate la présence d'une clause abusive, il doit en tout état de cause la relever d'office¹¹. Ensuite, la directive 93/13 prévoit en son article 6(1) que les clauses abusives ne lient pas le consommateur¹². En droit belge, l'article VI.84 du Code de droit économique stipule que toute clause abusive est interdite et nulle, mais que par ailleurs le contrat reste contraignant s'il peut subsister sans la clause abusive¹³. La clause abusive doit donc être purement et simplement écartée par le juge¹⁴.

6. Nous avons choisi de traiter le sujet en trois chapitres. Tout d'abord, nous mettons en lumière l'essence même d'une clause abusive, le déséquilibre significatif, et tentons d'en dégager les critères d'appréciation (chapitre 1). Ensuite, nous traitons de l'exigence de transparence et de la question de savoir s'il s'agit d'un critère d'appréciation autonome (chapitre 2). Nous terminons par un aperçu des différents types de listes de clauses abusives, ainsi que de leur incidence dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle (chapitre 3).

⁷ Article 8 de la directive 93/13/CEE.

⁸ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, pp. 19-20.

⁹ P. CAMBIE, « Unfair Terms in Consumer Contracts », *Commercial practices*, G. STRAETMANS et J. STUYCKS (éds), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 137.

¹⁰ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 26 janvier 2017, C-421/14, *Banco Primus*, n° 57 ; C.J.U.E. (1^{re} ch.), 16 janvier 2014, C-226/12, *Constructora Principado*, n° 20 ; C.J.U.E. (1^{ère} ch.), 26 avril 2012, C-472/10, *Invitel*, n° 22.

¹¹ Ceci résulte de la jurisprudence *Océano*, voy. notamment sur ce point C.J.U.E. (1^{re} ch.), 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, n° 29.

¹² Article 6(1) de la directive 93/13/CEE.

¹³ Article VI.84 du Code de droit économique.

¹⁴ C. DELFORGE et C. BIQUET-MATHIEU, « La théorie des clauses abusives », *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, Larcier, 2016, p. 292, n° 48.

CHAPITRE 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

7. Dans la directive 93/13/CEE, l'article 3(1) est libellé comme suit : « *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* »¹⁵.

L'indication principale d'une clause abusive est donc le déséquilibre significatif qu'elle fait peser entre les droits et obligations du consommateur et du professionnel, au détriment du consommateur¹⁶. Notons que ce concept est inspiré, d'une part, de la notion de « *significant imbalance* » en droit anglais, et d'autre part, du concept de bonne foi tel qu'il est envisagé en droit allemand¹⁷. En droit belge, la notion de déséquilibre significatif de la directive 93/13 a été reprise dans la définition de la clause abusive, à l'article I.8, 22° du Code de droit économique : « *toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur* »¹⁸.

La notion de déséquilibre significatif de la directive européenne est traduite en droit belge en les termes « déséquilibre manifeste ». L'adjectif « manifeste » signifie bien que le déséquilibre doit être tellement évident que le juge ne pourrait en conclure autrement au moment de son appréciation de la clause¹⁹. Le contrôle du juge est de ce fait assez marginal, dans le sens où le déséquilibre entre les parties ne doit faire aucun doute pour qu'il puisse conclure au caractère abusif d'une clause²⁰. Par exemple, le simple fait qu'une clause du contrat apporte un désavantage au consommateur n'est pas suffisant pour conclure à une clause abusive : le déséquilibre entre les parties doit être plus évident que cela²¹.

8. Dans ce premier chapitre, nous analysons différents critères d'appréciation du déséquilibre significatif permettant de conclure à une clause abusive. La première section écarte tout d'abord le déséquilibre économique : le déséquilibre créé par une clause abusive doit être d'ordre juridique (section 1). Ensuite, le critère de la bonne foi se doit d'être analysé en profondeur (section 2). Dans un troisième temps, l'appréciation *in concreto* d'une clause

¹⁵ Article 3(1) de la directive 93/13/CEE.

¹⁶ A-P. ANDRÉ-DUMONT, « Les clauses abusives », *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Larcier, 2017, p. 255, n° 10.

¹⁷ H-W. MICKLITZ et N. REICH, « The Court and sleeping beauty : the revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) », *Common Market Law Review*, n° 51, 2014, p. 773.

¹⁸ Article I.8, 22° du Code de droit économique.

¹⁹ A-P. ANDRÉ-DUMONT, *op. cit.*, p. 256, n° 11.

²⁰ C. DELFORGE et C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 266, n° 13.

²¹ P. CAMBIE, *op. cit.*, p. 144.

retient notre attention (section 3). Nous passons ensuite à la question de savoir si le droit supplétif a un rôle à jouer dans l'appréciation du caractère abusif (section 4). La contribution traite ensuite du critère de la proportionnalité des sanctions (section 5), et termine par le critère de l'unilatéralisme des clauses contractuelles (section 6).

Section 1. Déséquilibre juridique et non déséquilibre économique

9. Une précision importante doit être faite en ce qui concerne le déséquilibre créé entre les parties par l'insertion d'une ou plusieurs clauses abusives dans un contrat de consommation. S'agit-il d'un déséquilibre d'ordre juridique, ou plutôt d'ordre économique ? En droit belge, avant même la transposition de la directive 93/13²², la doctrine penche pour le déséquilibre juridique²³. Ce qu'il est nécessaire de comparer, ce sont les positions contractuelles des parties : est-ce que les droits et obligations réciproques du consommateur et du professionnel sont en équilibre suite à l'insertion de la clause litigieuse²⁴ ? Si tel n'est pas le cas et que, de surcroît, le consommateur est placé dans une situation moins favorable que celle qui serait la sienne en l'absence de la clause, il peut être conclu au caractère abusif de cette clause.

10. La question de l'équilibre économique et factuel entre les prestations des parties n'est pas pertinente pour l'appréciation du caractère abusif des clauses. En effet, l'article 4(2) de la directive 93/13 énonce : « *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* »²⁵.

Ces deux types de clauses contractuelles sont communément appelées les « clauses essentielles »²⁶. Elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'un contrôle quant à leur caractère abusif, à moins qu'elles soient contraires à l'exigence de transparence, c'est-à-dire

²² Avant la transposition de la directive 93/13 en droit belge par la Loi du 7 décembre 1998, la Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur comportait déjà des dispositions luttant contre les clauses abusives. Aujourd'hui, ces dispositions se trouvent aux articles VI.82 à VI.87 du Code de droit économique.

²³ E. DIRIX, « Bezwarende bedingen », *D.A./O.R.*, 1992, liv. 22, p. 36, n° 13.

²⁴ S. STIJNS, « De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998 », *R.D.C.*, 2000, p. 156, n° 22.

²⁵ Article 4(2) de la directive 93/13/CEE. Cette disposition a également été transposée en droit belge à l'article VI.82 du Code de droit économique.

²⁶ P. WERY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, liv. 6116, p. 801, n° 10.

lorsqu'elles sont rédigées en termes obscurs et ambigus²⁷. En somme, l'appréciation du caractère abusif ne concerne que les clauses périphériques du contrat, telles que les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité dans le chef du professionnel, par exemple. L'article 4(2) de la directive 93/13 apportant ainsi une exception au contrôle du caractère abusif des clauses contractuelles, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé à maintes reprises qu'il doit être interprété restrictivement²⁸.

11. Dans un premier temps, nous nous penchons sur l'exclusion de la lésion du contrôle du caractère abusif des clauses contractuelles (sous-section 1). Ensuite, il est question de la deuxième exception à ce contrôle, les clauses définissant l'objet principal (sous-section 2). Dans ces deux sous-sections, nous partons du postulat que les clauses respectent l'exigence de transparence. Nous terminons enfin par la raison d'être de cet article 4(2) de la directive (sous-section 3).

Sous-section 1. Exclusion de la lésion

12. En son article 4(2), la directive exclut les « clauses portant sur l'adéquation entre le prix et la rémunération et les services ou les biens à fournir en contrepartie » de l'appréciation du caractère abusif. Il s'agit en réalité des clauses décrivant « *le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation* »²⁹. La Cour de Justice de l'Union Européenne a néanmoins précisé que les clauses prévoyant des modalités de modification de prix ne rentrent pas dans cette catégorie et peuvent, dès lors, faire l'objet d'un contrôle quant à leur caractère abusif³⁰.

13. La directive exclut donc la lésion du contrôle quant au caractère abusif des clauses. Telle que nous la connaissons en droit belge, la lésion est une disproportion entre les prestations réciproques des parties, constatée au moment de la formation du contrat³¹. Il s'agit d'un déséquilibre économique entre les parties, or le déséquilibre significatif visé par l'article 3(1) de la directive est un déséquilibre juridique³². Par ailleurs, en vertu de l'article 1118 du Code civil belge, le principe est que la lésion ne vicie pas la convention. La constatation d'un

²⁷ En ce qui concerne l'exigence de transparence, voy. *infra*, n°s 44 et s.

²⁸ C.J.U.E., *op. cit.*, *Andriuc e.a.*, n° 34 ; C.J.U.E., *op. cit.*, *Kásler et Káslerné Rábai*, n° 42. À ce propos, une question préjudicielle a été posée à la Cour le 31 janvier 2019, à l'occasion de laquelle elle doit à nouveau se prononcer concernant l'interprétation à donner à l'article 4(2) de la directive 93/13. Il s'agit de l'affaire C-84/19, *Credit Profi Polska* (en cours au 30 avril 2020).

²⁹ Considérant 19 de la directive 93/13/CEE.

³⁰ C.J.U.E., *op. cit.*, *Invitel*, n° 23.

³¹ C. BIQUET-MATHIEU, *Droit des obligations et des contrats*, Presses Universitaires de Liège, 2014-2015, partim 1, p. 56, n° 129.

³² Sur ce point, voy. *supra*, n° 9.

déséquilibre économique entre les prestations réciproques des parties ne saurait être un vice de consentement et ainsi entacher la validité du contrat³³.

D'une part, et si l'exigence de transparence est respectée, la lésion ne permet pas de conclure au caractère abusif d'une clause dans un contrat de consommation. D'autre part, elle ne risque pas non plus de vicier le consentement et ainsi remettre en cause le contrat conclu.

Sous-section 2. Exclusion des clauses définissant l'objet principal

14. Par ailleurs, la directive 93/13 exclut également les « clauses portant sur l'objet principal du contrat » du contrôle quant au caractère abusif des clauses. La Cour de Justice a précisé qu'il faut entendre par là les clauses « *qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci* »³⁴. Les clauses qui ne sont qu'accessoires ne rentrent donc pas dans l'objet principal du contrat³⁵.

Dans un contrat de crédit entre une banque et un consommateur, par exemple, les clauses établissant le taux d'intérêt et le montant à rembourser mensuellement sont des clauses portant indubitablement sur l'objet principal du contrat. Ce type de clauses échappent donc au contrôle juridictionnel³⁶. En revanche, une clause prévoyant une pénalité en cas de non-remboursement du crédit ne peut être considérée comme entrant dans l'objet principal du contrat. Elle est plutôt considérée comme accessoire, et peut donc être soumise à une appréciation quant à son caractère abusif³⁷.

15. L'arrêt *Kásler et Káslerné Rábai* apporte une indication supplémentaire quant à la portée à donner à certaines clauses : il faut apprécier l'économie générale du contrat, sa nature et son contexte juridique et factuel³⁸. Il est donc possible qu'une clause, accessoire de prime abord, soit considérée comme relevant de l'objet principal eu égard au contexte et à l'économie générale du contrat. Imaginons que le professionnel estime que le consommateur devrait être informé de cette clause accessoire au même titre que les clauses principales. Il procède en attirant l'attention du consommateur sur la clause de diverses manières, par exemple en la

³³ C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 57, n° 130.

³⁴ C.J.U.E. (2^e ch.), 20 septembre 2017, C-186/16, *Andriciuc e.a.*, n° 35.

³⁵ C.J.U.E., *op. cit.*, *Andriciuc e.a.*, n° 36 ; C.J.U.E. (4^e ch.), 30 avril 2014, C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, n° 50.

³⁶ C.J.U.E. (5^e ch.), 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis*, Concl. Av. gén. A. TIZZANO, p. 12, n° 40.

³⁷ H-W. MICKLITZ, « Unfair terms in consumer contracts », *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009, p. 131, n° 3.11.

³⁸ C.J.U.E., *op. cit.*, *Kásler et Káslerné Rábai*, n°s 50-51.

surlignant, en la mettant en caractères gras, en majuscules ou dans une police plus grande. Dans ce cas, la clause accessoire peut entrer dans l'objet principal du contrat, et de ce fait être exemptée du contrôle juridictionnel quant au caractère abusif, étant donné que le consommateur a eu l'occasion d'en prendre connaissance. En réalité, tout dépend du rôle que joue la clause au sein du contrat, compte tenu du contexte juridique et factuel général³⁹.

Sous-section 3. Justification

16. L'article 4(2) de la directive trouve sa justification dans des considérations à la fois économiques et juridiques. Avec cette disposition, le législateur tente d'équilibrer la balance entre le principe d'autonomie des volontés, d'une part, et la protection du consommateur, d'autre part. L'idée est de protéger la partie faible qu'est le consommateur, sans pour autant restreindre l'autonomie des parties en ce qui concerne les clauses essentielles⁴⁰.

En effet, les parties doivent rester libres de déterminer le cœur du contrat, pour autant que l'exigence de transparence soit respectée. Permettre un contrôle du caractère abusif pour les clauses essentielles, même respectant l'exigence de transparence, reviendrait à freiner l'autonomie des volontés des parties et ainsi bloquer le marché économique. Dans un marché de concurrence libre et non faussée, il appartient aux parties de déterminer les prestations essentielles du contrat. Un contrôle juridictionnel automatique des clauses essentielles nuirait à la concurrence entre entreprises et ainsi aux lois du marché⁴¹.

17. Au-delà de cette justification économique, il existe une justification juridique à cette double exception. Une clause abusive ne lie pas les parties et peut donc être annulée, tandis que le contrat dans son ensemble continue d'exister s'il peut subsister sans la clause abusive⁴². Dans le cas d'une clause essentielle abusive, le contrat ne peut évidemment perdurer sans elle, à moins d'être vidé de tout son sens. Le contrat est alors annulé, or une annulation dudit contrat dans son entièreté ne sert évidemment pas les intérêts du consommateur⁴³. Permettre un contrôle juridictionnel des clauses essentielles respectant l'exigence de transparence ne remplirait donc pas l'objectif de protection du consommateur que s'est fixé le législateur européen dans la directive 93/13.

³⁹ M. DELLACASA, « Judicial review of 'core terms' in consumer contracts : defining the limits », *European Review of Contract Law*, 2015, vol. 11, n° 2, p. 168.

⁴⁰ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 3 juin 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, Concl. Av. gén. V. TRSTENJAK, n°s 61-65.

⁴¹ M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 159.

⁴² Article 6(1) de la directive 93/13/CEE.

⁴³ M. DELLACASA, *op. cit.*, pp. 162-163.

Section 2. Le critère de la contrariété à la bonne foi

18. Une clause contractuelle est abusive lorsque, rappelons-le, « *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* »⁴⁴. Que recouvre exactement cette exigence de bonne foi (sous-section 1) ? Peut-on aujourd'hui considérer la bonne foi comme un critère d'appréciation à part entière du caractère abusif d'une clause (sous-section 2) ? Qu'en est-il du droit belge et de la place de la bonne foi en matière de clauses abusives (sous-section 3) ?

Sous-section 1. La bonne foi au sens de la directive 93/13

19. Le considérant 16 de la directive indique que : « (...) *dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur ; (...) l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes* »⁴⁵.

Dans l'arrêt *Aziz*, la Cour de justice confirme l'enseignement de ce considérant : « *le juge national doit vérifier à ces fins si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle* »⁴⁶. Pour apprécier la bonne ou mauvaise foi du vendeur ou du prestataire de services, le juge national doit donc vérifier au cas par cas s'il agit de façon équitable et loyale avec le consommateur, en prenant en considération les attentes légitimes de ce dernier⁴⁷. Le professionnel peut-il raisonnablement s'attendre à ce que, si négociation individuelle il y a, le consommateur accepte la clause⁴⁸ ? Il doit donc se demander comment son cocontractant réagirait s'il avait l'occasion de négocier la clause individuellement⁴⁹. Si la réponse à cette question est que le consommateur n'accepterait pas la clause ou tenterait de la renégocier, il est probable qu'elle soit qualifiée d'abusives par le juge.

⁴⁴ Article 3(1) de la directive 93/13/CEE.

⁴⁵ Considérant numéro 16 de la directive 93/13/CEE.

⁴⁶ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 14 mars 2013, C-415/11, *Aziz*, n° 69.

⁴⁷ H-W. MICKLITZ et N. REICH, *op. cit.*, p. 790.

⁴⁸ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ H-W. MICKLITZ et N. REICH, *op. cit.*, p. 790.

Sous-section 2. Critère distinct du déséquilibre significatif

20. Dans un premier temps, la jurisprudence européenne a une approche très restrictive du concept de bonne foi. L'absence de bonne foi est vue comme un indice ou un indicateur d'une clause abusive, mais ne constitue pas un critère d'appréciation à part entière⁵⁰. Au fil des années, la Cour de justice de l'Union européenne adopte une interprétation plus autonome de la bonne foi, et fait de l'absence de bonne foi un critère distinct dans l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles⁵¹.

Dans l'affaire *Andriciuc e.a.*, par exemple, la Cour juge que « (...) il incombe à la juridiction de renvoi d'évaluer (...) dans un premier temps, le possible non-respect de l'exigence de bonne foi et, dans un second temps, l'existence d'un éventuel déséquilibre significatif, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13 »⁵². Elle présente clairement l'article 3(1) de la directive comme imposant une évaluation en deux temps : premièrement au regard de l'exigence de bonne foi, et deuxièmement au regard du critère du déséquilibre significatif. Ceci nous permet de conclure au caractère autonome et distinct du critère de la contrariété à la bonne foi.

21. Néanmoins, notons que d'autres sont d'avis qu'il ne faut pas distinguer le critère de contrariété à la bonne foi du critère du déséquilibre significatif. L'Avocat Général Gerard Hogan considère par exemple que : « (...) l'expression 'en dépit de l'exigence de bonne foi' doit être comprise comme désignant simplement la situation qui aurait prévalu en l'absence d'un déséquilibre significatif et non pas comme constituant en soi une condition distincte. En d'autres termes, l'expression 'en dépit de l'exigence de bonne foi' décrit essentiellement l'état de la situation dans les cas où il existe, de ce fait, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur »⁵³.

Sur ce point, il rejoint l'avis de Mário Tenreiro⁵⁴. Ce dernier considère effectivement qu'une clause créant un déséquilibre significatif entre les parties est en tout état de cause contraire à l'exigence de bonne foi. Il n'est pas possible de causer un déséquilibre significatif, tout en respectant l'exigence de bonne foi⁵⁵. L'un ne va donc pas sans l'autre : les deux critères sont intimement liés selon Mário Tenreiro.

⁵⁰ H-W. MICKLITZ et N. REICH, *op. cit.*, p. 785.

⁵¹ H-W. MICKLITZ et N. REICH, *op. cit.*, p. 790.

⁵² C.J.U.E., *op. cit.*, *Andriciuc e.a.*, n° 56.

⁵³ C.J.U.E. (3^e ch.), 19 septembre 2019, C-34/18, *Lovasné Tóth*, Concl. Av. gén. G. HOGAN, p. 12, n° 58.

⁵⁴ M. Tenreiro était, à l'époque, Administrateur au service « Politique des consommateurs » de la Commission des Communautés européennes.

⁵⁵ M. TENREIRO, « The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms », *European Review of Private Law*, vol. 3, 2^e éd., 1995, p. 279.

22. L'Avocat Général Gerard Hogan, lui, va même jusqu'à nier que la contrariété à la bonne foi soit un critère tout court : « (...) *le caractère abusif d'une clause peut être déduit de la simple circonstance qu'elle produit un déséquilibre significatif entre les droits contractuels des parties, causant ainsi un préjudice au consommateur. C'est en substance le seul critère prévu à l'article 3, paragraphe 1, de la directive de 1993 et il n'est pas nécessaire d'établir, en outre, que cette clause a été insérée du fait de l'absence de bonne foi* »⁵⁶.

Cette négation du critère de contrariété à la bonne foi est due au fait que l'Avocat Général, de nationalité irlandaise, est originaire d'un pays de *common law*. En effet, les systèmes juridiques de *common law* ne connaissent pas de principe général de bonne foi comme nous le connaissons dans nos pays de droit civil⁵⁷. C'est pour cette raison d'ailleurs que les pays de *common law* ont manifesté une certaine forme de résistance à l'introduction de la bonne foi dans la directive 93/13⁵⁸. Il n'est donc pas étonnant de constater qu'un Avocat Général irlandais nie l'existence même du critère d'appréciation qu'est la contrariété à la bonne foi dans l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles.

Sous-section 3. *Quid* en droit belge ?

23. En droit belge, le critère de la contrariété à la bonne foi n'a pas été inséré dans la définition d'une clause abusive de l'article I.8, 22° du Code de droit économique⁵⁹. Voici un autre exemple d'une conséquence de l'harmonisation minimale de la directive 93/13⁶⁰. La protection supplémentaire apportée au consommateur en droit belge réside ici dans le fait que la contrariété au principe de bonne foi ne doit pas être prouvée pour établir le caractère abusif d'une clause contractuelle. Il s'agit donc d'un élément de preuve en moins à apporter dans le chef du consommateur victime d'une clause abusive.

24. Cependant, il est important de rappeler que le principe de bonne foi constitue dans notre droit un principe général du droit des contrats. Cela permet donc au juge belge de se fonder sur l'exigence de bonne foi, dont la contrariété est reconnue par la jurisprudence européenne comme un critère autonome dans l'appréciation du déséquilibre significatif, s'il considère qu'elle n'a pas été respectée et que ceci lui permet de conclure au caractère abusif d'une

⁵⁶ C.J.U.E., *op. cit.*, Lovasné Tóth, *op. cit.*, p. 12, n° 62.

⁵⁷ E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 146-147, n°s 292-293.

⁵⁸ M. TENREIRO, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁹ P. CAMBIE, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁰ En ce qui concerne l'harmonisation minimale, voy. *supra*, n° 3.

clause. En droit belge, l'exigence de bonne foi joue donc un rôle complémentaire dans l'appréciation globale par le juge⁶¹.

Section 3. L'appréciation *in concreto*

25. L'article 4(1) de la directive est intitulé comme suit : « *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* »⁶².

Cette disposition consacre le critère de l'appréciation *in concreto* comme modalité d'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles. Ce critère invite les juges nationaux à prendre en compte la nature du bien ou du service (sous-section 1), les circonstances entourant la conclusion du contrat (sous-section 2) et les autres clauses contractuelles (sous-section 3). Ceci témoigne de la subjectivation du contrôle du caractère abusif des clauses dans le chef des juges nationaux. Ils doivent faire un réel travail au-delà de la lettre du contrat et de la clause, et prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce⁶³. À plusieurs reprises, la Cour de Justice a rappelé l'importance de ce critère dans l'appréciation faite par le juge⁶⁴.

Sous-section 1. La nature du bien ou du service

26. Premièrement, la nature du bien ou du service proposé par le contrat est un élément à prendre en compte pour l'appréciation *in concreto* de la clause⁶⁵. Chaque bien et chaque service ont des caractéristiques et des natures différentes. Cela implique qu'une clause abusive dans un premier contrat ne le serait peut-être pas dans un second contrat, en raison de la nature différente du bien ou du service faisant l'objet de ce deuxième contrat⁶⁶. Ainsi, une clause d'exonération de la responsabilité du professionnel pourrait être considérée comme abusive dans un contrat de vente de médicaments, mais ne le pourrait pas dans un contrat de

⁶¹ « Avis sur le régime des clauses abusives dans la proposition de directive relative aux droits des consommateurs », Commission (belge) des Clauses abusives, 22 juin 2010, Bruxelles, C.C.A. 18, p. 18, n° 4.

⁶² Article 4(1) de la directive 93/13/CEE. Une disposition similaire a été prévue en droit belge, à l'article VI.82, §1^{er} du Code de droit économique.

⁶³ E. POILLOT, *op. cit.*, p. 141, n° 283.

⁶⁴ C.J.U.E., *op. cit.*, Aziz, n° 71; C.J.U.E., *op. cit.*, Banco Primus, n° 61 ; C.J.U.E., *op. cit.*, Andricic e.a., n° 53.

⁶⁵ Considérant 18 de la directive 93/13/CEE.

⁶⁶ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 154, n° 18.

vente de jeux de sociétés. Pour une vente de vêtements par exemple, le fait qu'ils soient neufs ou plutôt de seconde main peut également influencer le juge dans son appréciation *in concreto*⁶⁷.

Sous-section 2. Les circonstances entourant la conclusion du contrat

27. En second lieu, les circonstances entourant la conclusion du contrat sont très importantes pour l'appréciation prévue à l'article 4(1) de la directive 93/13. Parmi celles-ci, les positions de négociation respectives du consommateur et du professionnel sont non négligeables⁶⁸. En ce qui concerne le consommateur, on peut se demander s'il connaît les caractéristiques du bien ou du service en question, ou s'il a l'habitude de contracter pour ce type de biens ou services, par exemple. Quant au professionnel, jouit-il d'une position dominante sur le marché ? Le contrat en question a-t-il été conclu à l'initiative du consommateur ou de celle du professionnel ? Ce genre de questionnements sur les circonstances entourant la conclusion du contrat sont à inclure dans l'appréciation *in concreto* d'une clause⁶⁹.

28. Pareillement, les pratiques commerciales utilisées par le professionnel sont des circonstances de fait à inclure dans l'appréciation. Dans l'affaire *Pereničová et Perenič*, la Cour a de la sorte considéré que « *la constatation du caractère déloyal d'une pratique commerciale constitue un élément parmi d'autres sur lequel le juge compétent peut fonder son appréciation du caractère abusif des clauses du contrat en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13* »⁷⁰. L'arrêt concerne un contrat de prêt conclu entre Madame Pereničová et Monsieur Perenič d'une part, et un établissement non bancaire accordant des crédits à la consommation, d'autre part. Dans ce contrat, une clause prévoit un taux d'intérêt de 48,63%, alors qu'en réalité le taux d'intérêt est de 58,76%, l'établissement de crédit n'ayant pas inclus les frais accessoires dans son calcul initial. Cette clause fournit une information erronée aux consommateurs en ce qui concerne le coût total de l'emprunt, et doit donc être considérée comme une pratique commerciale déloyale⁷¹. Cette circonstance peut dès lors permettre de conclure au caractère abusif de la clause à l'issue d'une appréciation *in concreto* par le juge.

⁶⁷ I. DEMUYNCK, « De onrechtmatige bedingen in België : a never ending story », *CBR Jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu, p. 374.

⁶⁸ A-P. ANDRÉ-DUMONT, *op. cit.*, p. 256, n° 12; Considérant 16 de la directive 93/13/CEE.

⁶⁹ P. CAMBIE, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁰ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 15 mars 2012, C-453/10, *Pereničová et Perenič*, n° 43.

⁷¹ En vertu de l'article 6, §1, d) de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2007/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »).

29. Par souci de clarté, rappelons qu'il est question des circonstances entourant la conclusion du contrat, et non des circonstances nouvelles qui naîtraient en cours d'exécution de celui-ci. Cependant, en cas de modification ou de remplacement de certaines clauses, le juge tient compte des circonstances relatives au moment où ces clauses ont été modifiées ou remplacées⁷². Dans un contrat de prêt conclu en 2010, par exemple, l'appréciation du juge au sujet d'une clause modifiée en 2015 doit prendre en compte les circonstances ayant justifié la modification du contrat en 2015, et non les circonstances ayant entouré la conclusion du contrat en 2010.

30. Par ailleurs, les circonstances dont le vendeur ou prestataire de services avait connaissance ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, et dont il savait qu'elles pourraient influencer l'exécution du contrat après sa conclusion, sont également prises en compte pour l'appréciation *in concreto*⁷³. Dans l'arrêt *Andriciuc e.a.*, il est question de la variation du taux de change dans un contrat de prêt conclu en monnaie étrangère. Cette variation est une circonstance qui ne peut se manifester qu'après la conclusion du contrat, au moment de son exécution. Néanmoins, elle peut être prise en compte dans l'appréciation *in concreto* faite par le juge. Il s'agit en effet d'une circonstance prévisible pour le professionnel dont il aurait raisonnablement dû avoir connaissance, et dont il savait qu'elle pouvait avoir une influence sur le contrat⁷⁴.

Sous-section 3. Les autres clauses contractuelles

31. Enfin, une clause contractuelle doit nécessairement être appréciée dans son contexte contractuel, c'est-à-dire en relation avec les autres clauses du contrat, mais également avec les contrats liés⁷⁵. Prenons l'exemple des clauses pénales. Il est possible que la clause pénale examinée ne soit pas, à elle seule, considérée comme abusive. Si par contre elle crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur lorsqu'elle est considérée conjointement à d'autres clauses pénales du contrat ou à d'autres contrats en relation avec le contrat principal, il s'agit d'une clause abusive. Les autres clauses contractuelles ainsi que les contrats accessoires peuvent dès lors être pris en considération pour l'appréciation *in concreto* d'une clause⁷⁶.

⁷² « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 41.

⁷³ C.J.U.E., *op. cit.*, *Andriciuc e.a.*, n° 54.

⁷⁴ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 41.

⁷⁵ Par contrats liés, nous entendons par exemple un contrat d'achat d'une voiture, et le contrat de prêt conclu pour financer l'achat de la voiture.

⁷⁶ P. CAMBIE, *op. cit.*, p. 143.

Section 4. Le critère du droit supplétif

32. Pour apprécier le déséquilibre significatif, la Cour de Justice de l'Union européenne a dégagé un critère d'appréciation supplémentaire dans sa jurisprudence : le critère du droit supplétif. En vertu de ce critère, si la clause contractuelle place le consommateur dans une situation juridique plus faible que celle dans laquelle il se trouverait en vertu des dispositions nationales supplétives, celle-ci peut être qualifiée d'abusive. Le juge doit donc faire une comparaison entre la situation dans laquelle se trouve le consommateur en vertu de la clause litigieuse, et la situation dans laquelle il se trouverait sans cette clause, s'il était fait application des règles supplétives du droit national⁷⁷.

Ce critère a notamment été dégagé dans l'affaire *Aziz*, à l'occasion de laquelle la Cour a jugé que, pour déterminer si une clause crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur, « *il convient notamment de tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. C'est à travers une telle analyse comparative que le juge national pourra évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur (...)* »⁷⁸.

Le fait qu'une clause contractuelle déroge aux règles supplétives applicables en vertu du droit national est donc un indice important pour l'appréciation de son caractère abusif, mais il ne constitue toutefois pas un critère unique. Effectivement, ce n'est pas parce qu'une clause donnée déroge au droit supplétif en plaçant le consommateur dans une position moins favorable qu'automatiquement elle doit être qualifiée d'abusive⁷⁹.

33. Par ailleurs, il est regrettable de constater que la Cour de Justice, dans l'arrêt *Aziz*, n'insiste pas assez sur l'écart considérable entre la situation juridique défavorable dans laquelle la clause place le consommateur et la situation juridique qui serait la sienne en vertu du droit national supplétif. En effet, rappelons qu'en vertu de l'article 3(1) de la directive, le déséquilibre juridique entre les parties suite à l'insertion d'une clause abusive doit être significatif. En d'autres mots, le contrat doit placer le consommateur dans une situation juridique *beaucoup* moins favorable que celle prévue par le droit national en vigueur pour qu'il puisse être question d'un tel déséquilibre significatif, permettant au juge national de conclure au caractère abusif de la clause.

⁷⁷ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 37.

⁷⁸ C.J.U.E., *op. cit.*, *Aziz*, n° 68. Sur ce point, voy. aussi C.J.U.E., *op. cit.*, *Banco Primus*, n° 59.

⁷⁹ C. DELFORGE et C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, pp. 269-270, n° 18.

La Cour se rattrape dans un arrêt ultérieur du 16 janvier 2014, l'arrêt *Constructora Principado*, en déclarant que « *un déséquilibre significatif peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables (...)* »⁸⁰. Elle précise en outre que l'atteinte *suffisamment* grave à la situation juridique du consommateur peut se faire par une restriction au contenu des droits qu'il tire du contrat en vertu du droit national, par une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore par l'imposition d'une obligation supplémentaire que le droit national ne prévoit pas⁸¹.

34. Plus globalement, la Cour de Justice a précisé à maintes reprises que le système juridique national dans son ensemble doit être étudié. En effet, le juge national appréciant le caractère abusif d'une clause se doit d'analyser les conséquences que cette clause peut avoir dans le cadre du droit national applicable au contrat⁸². Ceci implique que les règles procédurales d'un droit national peuvent par exemple être prises en compte dans l'appréciation faite par le juge⁸³.

Section 5. Le critère de proportionnalité des sanctions

35. Un autre critère d'appréciation des clauses abusives dégagé par la jurisprudence européenne au fil des années est le critère de la proportionnalité des sanctions. Lorsque des clauses contractuelles prévoient une sanction à l'encontre du consommateur en cas de non-respect d'une obligation, il faut que cette sanction soit proportionnelle à l'obligation non respectée, c'est-à-dire qu'elle soit justifiée « *à la lumière de l'importance de l'obligation incombant au consommateur et de la gravité de son inexécution* »⁸⁴. S'il n'en est pas ainsi, cela peut être un indice quant au caractère abusif de la clause contractuelle.

Ce critère d'appréciation est en réalité inspiré de l'annexe de la directive 93/13⁸⁵, plus précisément du point 1, e) : « *clause ayant pour objet ou pour effet d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant*

⁸⁰ C.J.U.E., *op. cit.*, *Constructora Principado*, n° 23.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² C.J.U.E., *op. cit.*, *Freiburger Kommunalbauten*, n° 21; C.J.U.E., *op. cit.*, *Aziz*, n° 71; C.J.U.E., *op. cit.*, *Banco Primus*, n° 61.

⁸³ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 37.

⁸⁴ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 39.

⁸⁵ En ce qui concerne la portée à donner à l'annexe de la directive 93/13/CEE, voy. *infra*, n°s 57-58.

disproportionnellement élevé »⁸⁶. L'annexe classe ainsi ce type de clauses au rang des clauses pouvant être déclarées abusives par le juge.

36. Dans l'arrêt *Aziz*, la Cour a élaboré sur ce critère dans le contexte d'un contrat de prêt. Une des clauses litigieuses de l'espèce est une clause pénale prévoyant un intérêt de retard assez élevé, et s'appliquant de surcroît automatiquement en cas de retard du consommateur dans le paiement de ses échéances mensuelles. Une deuxième clause remise en question est une clause de déchéance du terme, permettant à la banque de réclamer le paiement de la totalité du prêt en cas de non-paiement par le consommateur de ses mensualités. Pour l'appréciation du caractère abusif ou non de ces clauses, la Cour invite le juge national à évaluer la proportionnalité entre les sanctions imposées par ces clauses, d'une part, et la gravité des inexécutions qu'elles visent à sanctionner, d'autre part⁸⁷. La Cour de Justice a réitéré sa jurisprudence en ce qui concerne le critère de la proportionnalité dans l'affaire *Banco Primus* en 2017⁸⁸.

37. À l'occasion de l'affaire *Radlinger et Radlingerová*, la Cour rappelle qu'en vertu de l'article 4(1) de la directive, le juge doit procéder à une appréciation *in concreto* des clauses contractuelles, ce qui implique notamment de prendre en considération les autres clauses du contrat⁸⁹. En ce qui concerne les clauses pénales dans un contrat de consommation, leur proportionnalité se mesure également en prenant en compte l'effet cumulatif qu'elles ont avec les autres clauses pénales du contrat, peu importe si le professionnel les exécute toutes ou non. Dans le cas où, prises cumulativement, les clauses sont disproportionnées, elles doivent toutes être déclarées abusives par le juge⁹⁰.

Section 6. L'unilatéralisme

38. En droit français, une thèse pertinente a été publiée par Claire-Marie Pégliion-Zika à propos de la notion de clause abusive⁹¹. À l'occasion de cette thèse, Claire-Marie Pégliion-Zika se penche notamment sur le critère de l'unilatéralisme en tant que critère d'appréciation du caractère abusif de certaines clauses contractuelles. Au premier abord, l'unilatéralisme

⁸⁶ Point 1, e) de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

⁸⁷ C.J.U.E., *op. cit.*, *Aziz*, n^{os} 73 et 74.

⁸⁸ C.J.U.E., *op. cit.*, *Banco Primus*, n^o 66.

⁸⁹ Voy. *supra*, n^o 31.

⁹⁰ C.J.U.E. (3^e ch.), 21 avril 2016, C-377/14, *Radlinger et Radlingerová*, n^o 101.

⁹¹ C-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive : étude de droit de la consommation*, Paris, L.G.D.J., 2018. Dans cette thèse est également développé le critère de négation des droits, qui consiste à évaluer dans quelle mesure le consommateur se voit privé des droits supplétifs ou contractuels applicables en l'absence de la clause. Nous avons déjà évoqué ce point en tant que critère du droit supplétif, voy. *supra*, n^o 32.

dans un contrat de consommation consiste pour le professionnel à ne prendre en considération que ses seuls intérêts. Dans des clauses contractuelles plus précisément, l'unilatéralisme peut se manifester, d'une part, par une absence de réciprocité entre les droits et obligations des parties (sous-section 1), et d'autre part, par l'arbitraire du professionnel (sous-section 2).

Sous-section 1. Absence de réciprocité

39. Dans un contrat de consommation, une clause contractuelle imposant des obligations de façon unilatérale au consommateur est de nature à installer un déséquilibre juridique significatif entre les parties à cause du manque de réciprocité. En principe, si le juge national constate une absence de réciprocité dans une clause contractuelle, il peut conclure au caractère abusif de la clause. Ce manque de réciprocité s'explique soit par le fait que le professionnel ne prévoit pas exactement le même droit pour le consommateur alors qu'il est possible de le prévoir, soit par le fait qu'il ne prévoit pas d'alternative équivalente pour ce dernier s'il n'est pas possible de prévoir un droit identique⁹².

40. Au rang des stipulations non symétriques n'octroyant pas au consommateur un droit identique à celui que le professionnel s'est accordé, on compte par exemple les clauses de résiliation unilatérale donnant au professionnel seul le droit de résilier le contrat pour inexécution du consommateur⁹³. Est ainsi présumée abusive, en vertu du point 1, f) de la directive 93/13, la 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 (...)* »⁹⁴.

Pareillement, les clauses prévoyant des indemnités uniquement à charge du consommateur en cas de renonciation au contrat manquent de réciprocité et peuvent dès lors être considérées comme abusives⁹⁵. Souvent, ce genre de clauses octroient le droit au professionnel de retenir des sommes déjà versées par le consommateur pour des prestations non encore réalisées, dans le cas où le consommateur refuse de conclure ou d'exécuter le contrat. En vertu du point 1, d) de la directive, sont également présumées abusives les clauses « *ayant 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* »⁹⁶.

⁹² C-M. PÉGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 268, n° 397.

⁹³ C-M. PÉGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 275, n° 410.

⁹⁴ Point 1, f) de l'annexe de la directive 93/13/CEE. À nouveau, voy. *infra*, n°s 57-58 pour plus de précisions quant à l'annexe de la directive.

⁹⁵ C-M. PÉGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 272, n° 407.

⁹⁶ Point 1, d) de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

41. Il n'est cependant pas toujours possible pour le professionnel de prévoir exactement le même droit dans le chef du consommateur, notamment lorsque cela n'a pas d'intérêt pour ce dernier⁹⁷. Le professionnel doit alors offrir une contrepartie au consommateur, qui consiste nécessairement en un droit ou avantage effectif, non illusoire et proportionné au droit qu'il se réserve lui-même. Si un tel avantage alternatif n'est pas accordé au consommateur, ou que l'avantage accordé ne présente aucun lien avec le droit que le professionnel s'est octroyé, il y a absence de réciprocité pouvant mener à une qualification abusive de la clause⁹⁸.

42. Notons qu'en droit belge, l'article VI.83, 17° du Code de droit économique instaure une exigence de réciprocité en ce qui concerne les clauses pénales dans les contrats de consommation⁹⁹.

Sous-section 2. Arbitraire du professionnel

43. Outre l'absence de réciprocité, l'unilatéralisme se manifeste également par une stipulation accordant au professionnel des prérogatives arbitraires ou potestatives, ne dépendant que de sa volonté¹⁰⁰. Les clauses réservant par exemple au professionnel la faculté de modifier des éléments du contrat tels que le prix, le lieu de livraison du bien ou encore les caractéristiques du service à fournir, doivent être considérées comme abusives car elles sont arbitraires et dépendent de l'unique volonté du stipulant¹⁰¹. En vertu de l'annexe de la directive 93/13, ce genre de clauses est à tout le moins présumé abusif¹⁰².

⁹⁷ C-M. PÉGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 283, n° 420.

⁹⁸ C-M. PÉGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 283, n° 421.

⁹⁹ C. DELFORGE et C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 287, n° 41.

¹⁰⁰ C-M. PÉGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 286, n° 429.

¹⁰¹ C-M. PÉGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 289, n° 436.

¹⁰² Point 1, j) et k) de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

CHAPITRE 2. L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE

44. Après avoir traité des principaux critères d'appréciation permettant de constater un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et permettant corrélativement de qualifier une clause d'abusives, nous allons traiter dans ce deuxième chapitre de l'exigence de transparence.

45. En vertu de l'article 5 de la directive 93/13 : « *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. (...)* »¹⁰³. Par le biais de cette disposition, la directive instaure une exigence de transparence en ce qui concerne les clauses contractuelles dans les contrats de consommation. Rappelons qu'en vertu de l'article 4(2) de cette même directive, les clauses essentielles sont elles aussi soumises à l'exigence de transparence¹⁰⁴. Si ces clauses sont rédigées de façon claire et compréhensible, elles ne sont pas soumises à appréciation quant à leur caractère abusif et ne sont donc soumises qu'à un « simple » contrôle. L'exigence de transparence revêt ainsi une importance particulière en ce qui concerne les clauses essentielles.

46. L'exigence de transparence se compose, d'une part, d'une règle de rédaction claire et compréhensible des clauses contractuelles (section 1), et d'autre part, d'une règle d'interprétation la plus favorable au consommateur (section 2). Après avoir analysé ces deux composantes de l'article 5, nous verrons dans quelle mesure l'exigence de transparence est considérée comme un critère d'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles (section 3).

Section 1. Rédaction claire et compréhensible

47. L'exigence de transparence contenue à l'article 5 de la directive impose aux professionnels de rédiger les clauses contractuelles de façon claire et compréhensible. *A priori*, ces deux notions semblent se recouper. Cependant, les notions se distinguent en ce que la notion de clarté concerne la forme de la clause, tandis que la notion de compréhensibilité désigne plutôt le fond et le contenu de la clause¹⁰⁵. Nous traitons ainsi de la transparence

¹⁰³ Article 5 de la directive 93/13/CEE.

¹⁰⁴ Article 4(2) de la directive 93/13/CEE. Sur ce point, voy. *supra*, n° 10.

¹⁰⁵ P. CAMBIE, *op. cit.*, p. 140.

formelle d'une part (sous-section 1), et de la transparence matérielle d'autre part (sous-section 2).

Sous-section 1. Transparence formelle

48. La transparence formelle exigée de la part des professionnels consiste en une exigence de rédaction claire des clauses. Celles-ci doivent être facilement lisibles et accessibles par le consommateur. Un tel objectif n'est pas rempli si les clauses sont rédigées en une police minuscule illisible pour le consommateur, par exemple, ou en une couleur à peine distincte de la couleur de fond¹⁰⁶. Par ailleurs, si une clause contractuelle renvoie à un autre document ou à une annexe, il est bien entendu nécessaire que le consommateur puisse accéder à ces documents¹⁰⁷.

Sous-section 2. Transparence matérielle

49. L'exigence de transparence comprend également une composante matérielle, qui consiste en une exigence de rédaction compréhensible des clauses. À la lecture d'une clause contractuelle, le consommateur doit immédiatement en comprendre la portée sans devoir demander conseil auprès d'un juriste¹⁰⁸. Pour que le consommateur puisse comprendre la portée des clauses, il doit tout d'abord avoir l'occasion d'en prendre connaissance¹⁰⁹. Ceci ressort du considérant 20 de la directive, selon lequel « (...) le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses (...) »¹¹⁰. Cela a également été confirmé par la Cour de Justice, notamment à l'occasion de l'arrêt *RWE Vertrieb*¹¹¹.

50. Par ailleurs, la Cour adopte une interprétation extensive de l'exigence de transparence, et a maintes fois considéré que : « *L'exigence de transparence des clauses contractuelles posée par la directive 93/13 ne saurait donc être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci. (...) cette exigence de transparence doit être entendue de manière extensive* »¹¹². Cette interprétation extensive de l'exigence de

¹⁰⁶ R. STEENNOT, « Artikel VI.37 WER », *Handels-en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Octobre 2016, p. 54, n° 3.

¹⁰⁷ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁸ R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 54, n° 3.

¹⁰⁹ E. TERRY, « Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming? », *T.P.R.*, 2017, afl. 1, pp. 20-21, n° 10.

¹¹⁰ Considérant 20 de la directive 93/13/CEE.

¹¹¹ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 21 mars 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, n°s 43-44.

¹¹² C.J.U.E., *op. cit.*, *Kásler et Káslerné Rábai*, n°s 71-72.

transparence soumet le professionnel à une obligation d'information précontractuelle envers le consommateur¹¹³. Dans l'arrêt *Kásler et Káslerné Rábai*, la Cour confirme en effet que le professionnel doit fournir au consommateur toutes les informations nécessaires à la bonne compréhension de la clause, afin que ce dernier puisse se rendre compte des conséquences économiques y attachées¹¹⁴. Pareillement, dans l'affaire *Gutiérrez Naranjo*, la Cour souligne que les conséquences juridiques attachées à la clause doivent, elles aussi, être comprises par le consommateur à la lecture de celle-ci¹¹⁵.

51. Dans l'arrêt *Matei*, la Cour va encore plus loin en exigeant du professionnel qu'il expose au consommateur les motifs de la clause¹¹⁶. Cette exigence n'a pas été bien reçue en doctrine, en raison de son caractère exagéré¹¹⁷. Peut-on réellement attendre d'un professionnel qu'il informe le consommateur de la raison d'être économique justifiant la clause contractuelle¹¹⁸?

Section 2. Interprétation la plus favorable au consommateur

52. L'article 5 *in fine* de la directive prévoit que « (...) *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* »¹¹⁹. Cette règle découle de la règle plus générale de l'interprétation *contra proferentem*¹²⁰, qui prévoit qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, celle-ci s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation, et contre celui qui a stipulé¹²¹. Le stipulant dans un contrat de consommation étant le professionnel, l'interprétation doit pouvoir bénéficier au consommateur en cas de doute. Dans la directive 93/13, la règle prévoit spécifiquement qu'en cas de doute, l'interprétation à adopter est celle qui est la plus favorable au consommateur. Notons que cette règle ne trouve pas à s'appliquer dans les procédures collectives visant à faire cesser d'utilisation de clauses abusives¹²².

¹¹³ Notons que nombreuses autres réglementations européennes font peser sur le professionnel une obligation d'information précontractuelle envers le consommateur. Tel est le cas, notamment, de la Directive 2011/83/CE relative aux droits des consommateurs ou de la Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales.

¹¹⁴ C.J.U.E., *op. cit.*, *Kásler et Káslerné Rábai*, n° 73.

¹¹⁵ C.J.U.E. (grande ch.), 21 décembre 2016, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, n° 48.

¹¹⁶ C.J.U.E. (9^e ch.), 26 février 2015, C-143/13, *Matei*, n° 77.

¹¹⁷ E. TERRY, *op. cit.*, p. 26, n° 15.

¹¹⁸ R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 57, n° 8.

¹¹⁹ Article 5 de la directive 93/13/CEE.

¹²⁰ P. CAMBIE, *op. cit.*, p. 140.

¹²¹ En droit belge, la règle d'interprétation *contra proferentem* est inscrite à l'article 1162 du Code civil.

¹²² Ces procédures sont visées à l'article 7(2) de la directive 93/13/CEE.

53. Cette règle d'interprétation la plus favorable au consommateur est par ailleurs la seule sanction explicite prévue par la directive en cas de non-respect de l'exigence de transparence¹²³. Le prescrit de la règle a également été confirmé par la Cour de justice à diverses occasions, notamment dans un arrêt récent du 23 avril 2015, l'arrêt *Van Hove*, dans lequel elle rappelle que « *en vertu de l'article 5 de cette directive, si le libellé d'une clause contractuelle n'est pas clair, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut* »¹²⁴.

Section 3. Critère d'appréciation autonome ?

54. Alors que la directive n'est pas claire à ce sujet¹²⁵, la Cour de justice a affirmé à plusieurs reprises que l'exigence de transparence jouait un rôle en matière de clauses abusives¹²⁶ et que son non-respect pouvait être considéré comme un critère d'appréciation des clauses abusives¹²⁷. La question qui se pose dès lors est de savoir si ce critère d'appréciation est autonome, c'est-à-dire s'il permet, à lui seul, de conclure au caractère abusif d'une clause. À cet égard, l'arrêt *Sebestyén* exclut clairement le caractère autonome de l'exigence de transparence en tant que critère d'appréciation : « (...) *en admettant même que des informations générales reçues par le consommateur avant la conclusion d'un contrat satisfassent aux exigences de clarté et de transparence découlant de l'article 5 de ladite directive, cette circonstance ne saurait, à elle seule, permettre d'exclure le caractère abusif d'une clause (...)* »¹²⁸.

Le non-respect de l'exigence de transparence ne permet donc pas automatiquement de qualifier la clause d'abusives, même s'il constitue néanmoins un indice important en ce sens¹²⁹. Outre la sanction explicite de l'interprétation la plus favorable au consommateur, le non-respect de l'exigence de transparence peut ainsi entraîner une qualification abusive de la clause par le juge au moment où il apprécie cette clause.

¹²³ E. TERRY, *op. cit.*, p. 34, n° 25.

¹²⁴ C.J.U.E. (3^e ch.), 23 avril 2015, C-96/14, *Van Hove*, n° 49.

¹²⁵ Contrairement au droit belge, qui prévoit à l'article VI.82, al. 2 du Code de droit économique qu'il est tenu compte de l'exigence de transparence pour l'appréciation du caractère abusif.

¹²⁶ C.J.U.E., *op. cit.*, *Invitel*, n° 28; C.J.U.E., *op. cit.*, *RWE Vertrieb*, n° 49.

¹²⁷ C.J.U.E., *op. cit.*, *Gutiérrez Naranjo*, n°s 50-51.

¹²⁸ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 3 avril 2014, C-342/13, *Sebestyén*, n° 34.

¹²⁹ E. TERRY, *op. cit.*, p. 41, n° 32.

CHAPITRE 3. LES LISTES DE CLAUSES ABUSIVES

55. En dernier lieu, et après avoir élaboré sur l'exigence de transparence, nous traitons dans ce troisième chapitre des listes de clauses abusives et de leur incidence. Dans un premier temps, nous analysons l'annexe de la directive 93/13, qualifiée de liste « grise » (section 1). Ensuite, il est question du droit belge, qui a adopté le système de la liste « noire » (section 2). Nous terminons par mettre en lumière un dernier critère d'appréciation des clauses abusives : le critère d'analogie avec les listes (section 3).

Section 1. Annexe de la directive 93/13

56. À l'occasion de cette première section, nous commençons par déterminer la portée de la liste de l'annexe de la directive, ainsi que les conséquences que cette qualification engendre en ce qui concerne l'appréciation des clauses abusives (sous-section 1). Dans un deuxième temps, il est question plus particulièrement du contenu de cette liste (sous-section 2).

Sous-section 1. Liste grise

57. L'article 3(3) de la directive 93/13 indique que l'annexe de la directive contient une liste, indicative et non exhaustive, de clauses pouvant être déclarées abusives¹³⁰. Cette liste peut dès lors être qualifiée de liste « grise », étant donné que les clauses qu'elle contient sont des exemples de clauses *pouvant* être déclarées abusives. Ceci signifie qu'en présence d'une clause faisant partie de cette liste, le professionnel a toujours la possibilité de démontrer qu'il n'y a pas de déséquilibre significatif entre les parties. Une telle clause n'est donc pas *ipso facto* déclarée abusive, et le juge conserve une marge de manœuvre dans son pouvoir d'appréciation¹³¹.

58. La Cour de Justice de l'Union Européenne a eu plusieurs fois l'occasion de confirmer le caractère indicatif et non exhaustif de l'annexe de la directive¹³². La liste de cette annexe est cependant un élément important pour l'appréciation générale des clauses abusives. Ainsi, suivant les termes de la Cour dans l'arrêt *Invitel* : « *Si le contenu de l'annexe en cause n'est pas de nature à établir automatiquement et à lui seul le caractère abusif d'une clause litigieuse, il constitue, cependant, un élément essentiel sur lequel le juge compétent peut*

¹³⁰ Article 3(3) de la directive 93/13/CEE.

¹³¹ A-P. ANDRÉ-DUMONT, *op. cit.*, p. 257, n° 13.

¹³² C.J.U.E. (4^e ch.), 4 juin 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, n°s 37-38; C.J.U.E., *op. cit.*, *Invitel*, n° 25.

fonder son appréciation du caractère abusif de cette clause »¹³³. Le fait qu'une clause soit reprise dans l'annexe constitue donc un indice de son caractère abusif, mais elle doit additionnellement être appréciée à l'aide des autres critères d'appréciation définis par la directive¹³⁴.

Sous-section 2. Contenu de la liste

59. En ce qui concerne son contenu, la liste grise de la directive se compose de dix-sept clauses concernant différents aspects du contrat de consommation. Les détailler une à une ne présentant pas beaucoup d'intérêt pour la présente contribution, nous nous contentons d'en mentionner quelques-unes.

60. Le point 1, a) vise par exemple les clauses « *ayant 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* »¹³⁵. Il s'agit de clauses d'exonération de la responsabilité du professionnel créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Le point 1, e) concerne les clauses « *ayant pour objet ou pour effet d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé* »¹³⁶. Dans l'affaire *Radlinger et Radlingerová*, la Cour s'est inspirée de ce point pour instaurer le critère de proportionnalité des sanctions comme critère d'appréciation des clauses abusives¹³⁷.

Enfin, le point 1, g), j) et l) concerne, d'une part, des clauses permettant au professionnel de mettre fin à un contrat à durée indéterminée sans préavis raisonnable¹³⁸, et d'autre part, des clauses lui permettant de modifier unilatéralement et sans raison valable des éléments essentiels du contrat tel le prix¹³⁹. Ces clauses font par ailleurs l'objet de précisions quant à leur portée au point 2 de l'annexe, auquel nous renvoyons le lecteur¹⁴⁰.

¹³³ C.J.U.E., *op. cit.*, *Invitel*, n° 26.

¹³⁴ « Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *op. cit.*, p. 44.

¹³⁵ Point 1, a) de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

¹³⁶ Point 1, e) de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

¹³⁷ C.J.U.E., *op. cit.*, *Radlinger et Radlingerová*. Sur ce point, voy. *supra*, n° 37.

¹³⁸ Point 1, g) de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

¹³⁹ Point 1, j) et l) de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

¹⁴⁰ Point 2 de l'annexe de la directive 93/13/CEE.

Section 2. *Quid* en droit belge ?

61. Dans cette deuxième section, il est question plus particulièrement du droit belge et du type de liste adopté par le législateur belge (sous-section 1), ainsi que du système hybride choisi récemment par le législateur dans le cadre de la nouvelle loi B2B (sous-section 2).

Sous-section 1. Liste noire

62. En droit belge, le législateur a opté pour ce qu'on appelle une liste « noire » à l'article VI.83 du Code de droit économique. Il s'agit d'une liste de trente-trois clauses devant être considérées comme abusives et donc nulles *en toutes circonstances*. Contrairement à l'annexe de la directive, une clause faisant partie de cette liste doit automatiquement et irréfragablement être présumée abusive, dans le sens où le professionnel ne peut en apporter la preuve contraire. Le juge ne dispose par ailleurs d'aucun pouvoir d'appréciation à ce sujet, et n'est pas chargé d'évaluer si la clause litigieuse crée un déséquilibre significatif entre les parties¹⁴¹.

Avec cette liste noire, le législateur belge va plus loin que le législateur européen en ce qui concerne la protection du consommateur¹⁴². Comme l'a rappelé la Cour dans son arrêt *Commission/Suède*¹⁴³, le droit national peut adopter des dispositions plus strictes que la directive, cette dernière n'étant qu'une directive d'harmonisation minimale. Le droit belge est plus protecteur en ce qu'il n'exige aucune preuve de la part du consommateur concernant le caractère abusif de la clause à partir du moment où elle est comprise dans la liste, mais également en ce qu'il ne permet pas au professionnel d'en apporter la preuve contraire.

63. Au niveau du contenu, la liste noire en droit belge s'inspire fortement de l'annexe de la directive. Cependant, certaines clauses jugées trop largement décrites dans l'annexe ont été démultipliées en plusieurs clauses en droit belge, raison pour laquelle la liste belge est plus longue que la liste grise de la directive¹⁴⁴. De façon générale, les clauses reprises dans la liste noire du droit belge sont donc plus concrètes.

¹⁴¹ P. CAMBIE, *op. cit.*, p. 145.

¹⁴² S. STIJNS, *op. cit.*, p. 158, n° 28.

¹⁴³ C.J.U.E. (5^e ch.), 7 mai 2002, C-484/08, *Commission c. Suède*, n° 11.

¹⁴⁴ « Avis sur le régime des clauses abusives dans la proposition de directive relative aux droits des consommateurs », *op. cit.*, pp. 23-24, n° 4.

Sous-section 2. Nouvelle loi B2B : un système hybride

64. Récemment, le législateur belge a instauré un régime de clauses abusives dans le contexte des relations entre entreprises. Depuis le 4 avril 2019, il existe en effet une nouvelle loi en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises¹⁴⁵. Cette loi, également appelée « loi B2B », introduit notamment dans le Code de droit économique un régime de clauses abusives entre entreprises, qui n'entrera en vigueur qu'en décembre 2020.

Les nouvelles dispositions sont fortement inspirées du régime existant déjà en droit de la consommation¹⁴⁶. L'objectif du législateur est de sanctionner les grosses entreprises qui imposent des clauses très lourdes aux entreprises plus petites, pouvant parfois être abusives. Dans les contrats de distribution, par exemple, il arrive que le distributeur insère une clause obligeant le fournisseur à reprendre les invendus. Ce genre de clauses est très dure envers les entreprises qui se trouvent en situation de faiblesse¹⁴⁷.

65. Dans le cadre de ce nouveau régime, le législateur insère un nouvel article VI.91/4 dans le Code de droit économique, dans lequel il dresse une liste noire de clauses abusives. Il s'agit du même principe que pour la liste noire contenue à l'article VI.83 du Code de droit économique, sauf qu'elle ne contient pas trente-trois mais quatre clauses¹⁴⁸. Par ailleurs, le législateur établit au nouvel article VI.91/5 du Code de droit économique une liste grise de clauses abusives, qui sont au nombre de huit¹⁴⁹. Nous constatons donc qu'il s'agit d'un système qui peut être qualifié d'un système « hybride », soit un mélange entre le système européen et le système belge en droit de la consommation.

¹⁴⁵ Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

¹⁴⁶ C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/7, p. 848, n° 51.

¹⁴⁷ D. PHILIPPE, G. SORREAUX, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019/3, 131, p. 37.

¹⁴⁸ I. CLAEYS, T. TANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019 : bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *R.W.*, 2019-20, afl. 9, p. 333, n° 31.

¹⁴⁹ I. CLAEYS, T. TANGHE, *op. cit.*, p. 335, n°s 41-43.

Section 3. Critère d'analogie avec les listes

66. Un dernier critère d'appréciation pouvant être dégagé de la directive, et tout particulièrement de son annexe, est le critère d'analogie avec les listes. Tantôt noires, tantôt grises, ces listes donnent en tout état de cause des exemples de clauses pouvant, voire devant, être considérées comme abusives par le juge et de ce fait déclarées nulles. En combinaison avec tous les critères d'appréciation mis en lumière à l'occasion de cette contribution, le juge peut procéder à un raisonnement par analogie sur base des dispositions des listes de clauses abusives¹⁵⁰.

De manière générale, il ressort de ces listes une volonté du législateur d'éviter les clauses unilatérales et non réciproques¹⁵¹. Si le juge constate, à l'occasion d'une clause litigieuse, qu'elle se rapproche beaucoup d'une clause visée par une de ces listes, et que de surcroît la clause transpire l'unilatéralisme ou le manque de réciprocité, il peut la considérer comme abusive. Vu sous cet angle, le critère de l'analogie avec les listes de clauses abusives ressemble fortement au critère, peut-être plus général, de l'unilatéralisme¹⁵².

¹⁵⁰ C. DELFORGE et C. BIQUET-MATHIEU, « La théorie des clauses abusives », *op. cit.*, p. 270, n° 20.

¹⁵¹ C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 11, n°s 23-24.

¹⁵² Voy. *supra*, n°s 38 et s.

CONCLUSION

67. La directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation est un exemple parfait de l'harmonisation minimale pratiquée par l'Union Européenne dans certains domaines. Elle pose des exigences minimales que les États membres doivent respecter en tout état de cause, mais elle leur permet d'aller bien au-delà. C'est une manière de laisser libre cours aux droits nationaux d'adopter des dispositions plus protectrices que celles prévues par le législateur européen.

En droit de la consommation, plus particulièrement, l'harmonisation totale ne nous semble pas adaptée. En effet, cette branche du droit vise à protéger le consommateur, partie faible du contrat. Si le législateur européen voulait harmoniser entièrement le domaine du droit des consommateurs, il lui faudrait trouver un juste milieu entre les pays très protecteurs et les pays peu protecteurs du consommateur. Assurer une harmonisation totale du droit de la consommation au sein de l'Union Européenne aboutirait de ce fait à un nivellement par le bas pour plusieurs systèmes juridiques.

68. Cette optique d'harmonisation minimale se manifeste notamment par le caractère peu éloquent de la directive en ce qui concerne les critères d'appréciation des clauses abusives. En effet, seuls quatre critères sont clairement issus de la directive : le déséquilibre significatif, le critère de la contrariété à la bonne foi, l'appréciation *in concreto* et l'exigence de transparence.

Parmi ces critères, deux seulement ont été considérés comme tels dès le départ. D'une part, le critère du déséquilibre significatif est issu de la définition même d'une clause abusive¹⁵³ et invite le juge à évaluer si la clause litigieuse installe entre les parties un déséquilibre entre les droits et obligations respectifs, c'est-à-dire si la clause litigieuse crée un déséquilibre juridique significatif entre elles. D'autre part, l'appréciation *in concreto*¹⁵⁴ consiste à analyser la clause telle qu'elle se présente dans son contexte au moment de la conclusion du contrat : en fonction de la nature du bien ou du service faisant l'objet du contrat, des circonstances entourant la conclusion de celui-ci et des autres clauses du contrat ou d'un contrat lié.

Le critère de la contrariété à la bonne foi et l'exigence de transparence, quant à eux, sont certes issus de la directive, mais sont moins limpides quant à leur portée. Pour cette raison, la Cour de Justice a dû apporter quelques précisions. Le critère de bonne foi¹⁵⁵, ayant

¹⁵³ Article 3(1) de la directive 93/13/CEE.

¹⁵⁴ Article 4(1) de la directive 93/13/CEE.

¹⁵⁵ Article 4(1) de la directive 93/13/CEE.

initialement fait l'objet d'une approche restrictive par la Cour, est aujourd'hui un critère à part entière dans l'appréciation des clauses abusives. En doctrine, ce critère ne fait cependant pas l'unanimité selon que l'auteur soit issu d'un pays de tradition civiliste ou de *common law*. En ce qui concerne l'exigence de transparence¹⁵⁶, il a fallu que la Cour de Justice confirme le rôle qu'elle jouait en matière de clauses abusives pour que son non-respect soit considéré comme un critère d'appréciation à part entière.

69. Ensuite, c'est la jurisprudence de la Cour de Justice qui vient compléter la liste avec le critère du droit supplétif, d'une part, et le critère de la proportionnalité des sanctions, d'autre part. Le critère du droit supplétif consiste à comparer la situation dans laquelle se trouve le consommateur en vertu de la clause litigieuse, et la situation dans laquelle il se trouverait en vertu du droit national applicable. Pour le critère de proportionnalité des sanctions, la sanction prévue par une clause litigieuse doit être proportionnelle à l'obligation non respectée.

Rappelons, en ce qui concerne la Cour, qu'elle ne se prononce jamais sur le caractère abusif ou non d'une clause litigieuse concrète : elle ne fait que donner des indications générales et laisse la décision finale entre les mains de la juridiction nationale.

70. Enfin, certains critères ont été soulevés par la doctrine. Il s'agit notamment du critère de l'unilatéralisme, dégagé par la doctrine française, et du critère de l'analogie avec les listes. S'il n'est pas correct d'affirmer que ces critères ont une assise solide dans la directive 93/13, nous pouvons néanmoins constater qu'il s'agit de critères relativement semblables issus d'une interprétation de l'annexe de cette directive.

71. Pour terminer, il est intéressant de constater que parmi les huit critères d'appréciation analysés à l'occasion de cette contribution, quatre seulement sont clairement issus de la directive. Les quatre autres critères ont été dégagés soit par la jurisprudence, soit par la doctrine. Ainsi, dans cette matière des clauses abusives dans les contrats de consommation, les pratiques utilisées par les professionnels évoluant constamment, il est essentiel d'observer l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine, car de nouveaux critères d'appréciation pourraient se dessiner à l'avenir.

¹⁵⁶ Article 5 de la directive 93/13/CEE.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises.

Articles VI.82 à VI.87 du Code de droit économique.

Jurisprudence

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*.

C.J.U.E. (5^e ch.), 7 mai 2002, C-484/08, *Commission c. Suède*.

C.J.U.E. (5^e ch.), 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis*, Concl. Av. gén. A. TIZZANO.

C.J.U.E. (5^e ch.), 1^{er} avril 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*.

C.J.U.E. (4^e ch.), 4 juin 2009, C-243/08, *Pannon GSM*.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 3 juin 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, Concl. Av. gén. V. TRSTENJAK.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 15 mars 2012, C-453/10, *Pereničová et Perenič*.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 26 avril 2012, C-472/10, *Invitel*, Concl. Av. gén. V. TRSTENJAK, note STEENNOT, R., *D.C.C.R.*, 2013, n° 98, pp. 39-48.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 14 mars 2013, C-415/11, *Aziz*, Concl. Av. gén. J. KOKOTT.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 21 mars 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 30 mai 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 16 janvier 2014, C-226/12, *Constructora Principado*.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 3 avril 2014, C-342/13, *Sebestyén*.

C.J.U.E. (4^e ch.), 30 avril 2014, C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*.

C.J.U.E. (9^e ch.), 26 février 2015, C-143/13, *Matei*.

C.J.U.E. (3^e ch.), 23 avril 2015, C-96/14, *Van Hove*.

C.J.U.E. (6^e ch.), 9 juillet 2015, C-348/14, *Bucura*.

C.J.U.E. (3^e ch.), 1^{er} octobre 2015, C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*.

C.J.U.E. (3^e ch.), 21 avril 2016, C-377/14, *Radlinger et Radlingerová*.

C.J.U.E. (3^e ch.), 28 juillet 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, Concl. Av. gén. H. SAUGMANSGAARD ØE.

C.J.U.E. (8^e ch.), 7 septembre 2016, C-310/15, *Deroo-Blanquart*.

C.J.U.E. (grande ch.), 21 décembre 2016, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*.

C.J.U.E. (1^{re} ch.), 26 janvier 2017, C-421/14, *Banco Primus*.

C.J.U.E. (2^e ch.), 20 septembre 2017, C-186/16, *Andriuc e.a.*

C.J.U.E. (8^e ch.), 20 septembre 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko*.

C.J.U.E. (7^e ch.), 5 juin 2019, C-38/17, *GT*.

C.J.U.E. (3^e ch.), 19 septembre 2019, C-34/18, *Lovasné Tóth*, Concl. Av. gén. G. HOGAN.

Ordonnance de la Cour (1^{re} ch.), 24 octobre 2019, *Topaz*.

Doctrine

ANDRE-DUMONT, A-P., « Les clauses abusives », *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Larcier, 2017, pp. 249-264.

BINET, C., « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/7, pp. 838-860.

BIQUET-MATHIEU, C., *Droit des obligations et des contrats*, Presses Universitaires de Liège, 2014-2015, partim 1.

CAMBIE, P., « Unfair Terms in Consumer Contracts », *Commercial practices*, STRAETMANS, G. et STUYCKS, J. (éds), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 136-154.

CLAEYS, I., TANGHE, T., « De b2b-wet van 4 april 2019 : bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *R.W.*, 2019-20, afl. 9, pp. 323-345.

DELFORGE, C. et BIQUET-MATHIEU, C., « La théorie des clauses abusives », *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, Larcier, 2016, pp. 263-294.

DELFORGE, C., « Conditions générales et clauses abusives », *Chroniques de droit à l'usage des juges de paix et de police 2018*, vol. 26, Liège, la Charte, 2018.

DELLACASA, M., « Judicial review of 'core terms' in consumer contracts : defining the limits », *European Review of Contract Law*, juin 2015, vol. 11, n° 2, pp. 152-176.

DEMUYNCK, I., « De onrechtmatige bedingen in België : a never ending story », *CBR Jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu, pp. 313-391.

DIRIX, E., « Bezwarende bedingen », *D.A./O.R.*, 1992, liv. 22, pp. 31-44.

FIÉVET, G., « 2 – Erreur, dol et lésion qualifiée », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 59-103.

HONDIUS, E.H., « EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts : Towards a European Law of Contract », *Journal of Contract law*, 1994, pp. 34-52.

- IGLESIA SANCHEZ, S., « Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis : Aziz v. CatalunyaCaixa », *Common Market Law Review*, 2014/51.
- LOOS, M.B., « Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law », *European Review of Private Law*, 2015, vol. 23, n° 2, pp. 179-193.
- MICKLITZ, H-W., « Unfair terms in consumer contracts », *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009, pp. 119-150.
- MICKLITZ, H-W. et REICH, N., « The Court and sleeping beauty : the revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) », *Common Market Law Review*, n° 51, 2014, pp. 771-808.
- PEERAER, F., « De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn nr. 93/13 », *R.D.C.*, 2015, liv. 7, pp. 693-700.
- PEGLION-ZIKA, C-M., *La notion de clause abusive : étude de droit de la consommation*, Paris, L.G.D.J., 2018.
- PHILIPPE, D., SORREAUX, G., « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019/3, 131, pp. 22-51.
- POILLOT, E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 138-149.
- RAYNARD, J., « Droit européen des contrats : le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat », *RTD.Civ.*, 2000, pp. 939-943.
- RUTGERS, J. et al., « Unfair Terms in Consumer Contracts », *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, 2014, pp. 279-290.
- STEENNOT, R., « Artikel VI.37 WER », *Handels-en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Octobre 2016, pp. 51-64.
- STEENNOT, R., « De bescherming van de consument door het Hof van Justitie : een brug te ver? », *T.P.R.*, 2017, afl. 1, pp. 146-163.
- STIJNS, S., « De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998 », *R.D.C.*, 2000, pp. 148-169.
- TENREIRO, M., « The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms », *European Review of Private Law*, vol. 3, 2^e éd., 1995, pp. 273-284.
- TERRYN, E., « Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming? », *T.P.R.*, 2017, afl. 1, pp. 18-44.
- WERY, P., « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, liv. 6116, pp. 797-809.
- WERY, P., *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Larcier, 2011, pp. 103-118.

« Avis sur le régime des clauses abusives dans la proposition de directive relative aux droits des consommateurs », Commission (belge) des Clauses abusives, 22 juin 2010, Bruxelles, C.C.A. 18.

« Orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », Communication de la Commission européenne, 22 juillet 2019, Bruxelles, C(2019)5325 final.