L'APPROCHE FRANÇAISE ET MOLDAVE SUR L'APPRÉCIATION DES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS

Olesea *PLOTNIC*,
doctorante, maître en droit, enseignante universitaire (USM)

Avisé par: ***Iurie MIHALACHE,*** *docteur en droit, enseignant universitaire (USM)*

RÉSUMÉ

La clause abusive représente une stipulation contractuelle qui a comme but d'enlever l'équilibre contractuel, en le transformant dans une modalité d'obtention d'un avantage excessif au profit du professionnel et, respectivement, d'un déséquilibre significatif de la partie du consommateur. Dans le cas ou l'appréciation du caractère abusif concerne un contrat déterminé déjà conclu, elle doit se faire in concret, en considération du consommateur et des circonstances de la conclusion. Mais si l'appréciation du caractère abusif porte sur des conditions générales, sans référence à un contrat particulier, elle se fera nécessairement in abstracto, en considération du consommateur moyen et de circonstances habituelles. Plusieurs dispositions du nouvel art. L. 132-1 du Code de la consommation[1] sont consacrées à la question d'appréciation du caractère abusif. Elles sont regroupées aux alin.5 et 7. En ce sens en vue d'apprécier les clauses abusives dans les contrats conclus entre consommateurs ou non-professionnel et professionnels c'est important de déterminer le moment de l'appréciation et d'énumérer ses modalités d'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle.

L'approche française de l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle. Tout d'abord, « sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux art. 1156 à 1161, 1163 et 1164 c. civ. »[2], le principe posé à l'alin.5 est que le caractère abusif d'une clause s'apprécie « au moment de la conclusion du contrat ». Ce choix est fidèle aux prescriptions de la directive[3]. Mais s'il convient à la clause qui a pour objet de créer le déséquilibre significatif, il se comprend moins quand celle-ci a seulement eu pour effet de le faire naître car alors l'abus est inhérent à l'exécution du contrat. Sans doute pourrait-on être tenté de trouver une conciliation en considérant, lors de la formation du contrat, la probabilité d'un déséquilibre à naître au détriment du consommateur du fait de l'application de la clause. Mais la réponse est double. D'une part, si la rédaction de la clause invite à ce pronostic, n'est-ce pas tout simplement parce qu'elle avait d'abord pour objet d'avantager le professionnel au-delà du raisonnable? D'autre part, une telle proposition induit une appréciation *in abstracto* du caractère abusif de la clause qui ne convient qu'aux actions en suppression menées par les associations agréées[4].

Ainsi, pour lutter contre l'abus dans les contrats de consommation c'est important de délimiter le moment de l'appréciation – la conclusion du contrat, mais tenant compte, actuellement, de l'insuffisance législative sur le plan moldave, c'est aussi important d'élucider l'approche moldave du moment d'appréciation sous l'ongle des problèmes et perspectives de la législation actuelle.

A l'instar de la directive du 5 avril 1993[5], la loi du 1er février 1995[6] innove en adoptant des dispositions concernant l'appréciation des clauses abusives dans un contrat déjà conclu. Elle guide ainsi le juge dans son appréciation du déséquilibre significatif en lui demandant de l'estimer au moment de la conclusion du contrat et en tenant compte d'un ensemble d'éléments. L'article L 132-1 alin.5 du code de la consommation indique que le caractère abusif d'une clause s'apprécie «au moment de la conclusion du contrat». Cette référence à la formation du contrat est encore une reprise d'une disposition de la directive européenne: l'article 4 de la directive du 5 avril 1993 prévoit, en effet, l'appréciation *in concreto* du caractère abusif d'une clause au stade de la conclusion du contrat.

A vrai dire, on pourrait s'en tenir à ce seul constat. Mais cette appréciation du caractère abusif au moment de la conclusion du contrat laisse de côté certaines situations de déséquilibre contractuel. D'une part, le déséquilibre significatif peut survenir à l'exécution et non à la formation du contrat. Il faut partir de la définition de la clause abusive qui s'appuie sur le déséquilibre significatif: la clause doit avoir pour objet ou pour effet un déséquilibre contractuel grave[7]. Or si l'appréciation est adaptée à une clause qui a pour objet ce déséquilibre, elle ne l'est plus vraiment pour une clause ayant pour effet un tel déséquilibre qui apparaît nécessairement au cours de l'exécution du contrat...sauf à se satisfaire d'une contorsion intellectuelle consistant à tenir compte d'un déséquilibre à naître lors de la formation du contrat[8]. D'autre part, force est de reconnaître que

les clauses pénales peuvent tomber sous le coup de la loi du 1er février 1995. L'intérêt du sujet est patent. L'art.1152 du Code civil[9] ne permet que la modération d'une clause pénale manifestement excessive alors que dans le même temps l'art. L 132-1 du Code de la consommation la supprime. Si auparavant un doute pouvait prospérer malgré l'application par la jurisprudence de la législation sur les clauses abusives à la clause pénale[10], la loi du 1er février 1995 clôt toute interrogation. Désormais le déséquilibre significatif du Code de la consommation correspond à l'excès manifeste du Code civil. Il en sera ainsi à chaque fois que la clause pénale imposera une peine disproportionnée par rapport au préjudice réellement subi par le créancier.

Dès lors, en dehors même de l'intérêt du consommateur, on voit mal comment l'art.1152 du Code civil pourrait encore s'appliquer dans les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs. Si la peine est manifestement excessive, elle emporte nécessairement un déséquilibre significatif entre les obligations des deux parties. En vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, le droit spécial des clauses abusives doit prévaloir le droit commun, donc l'art.1152 du Code civil. Cet intérêt pour l'art. L 132-1 du Code de la consommation pourrait avoir d'autant plus de raisons de s'appliquer que la Cour de Cassation a tendance à élargir la notion de clause pénale à des clauses qui n'en sont pas. On pense à la clause figurant aux conditions générales d'une école de commerce stipulant que « l'inscription est irrévocable et en cas de rupture quels qu'en soient les motifs ou la période, le droit d'inscription reste intégralement dû » qui a été qualifiée de clause pénale par la Haute juridiction[11]. Il s'agissait en vérité non pas d'une clause pénale mais d'une clause portant sur l'exécution forcée du contrat et donc sur le prix [12].

Actuellement, on se pose la question si une telle clause pourrait-elle être qualifiée d'abusive, car depuis la réforme, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur le prix[13] ? Il faut mentionner que La Cour de Cassation n'a toujours pas répondu sur ce point, mais continue sous l'ancienne législation d'approuver les juges du fond qui qualifient d'abusive une clause imposant à l'élève le règlement en totalité des frais de scolarité et excluant qu'aucun motif lui permette de s'y soustraire[14]. La question est d'ailleurs la même pour les clauses périphériques aux clauses pénales telles que les clauses de dédit ou de remboursement anticipé. Nous pensons que de telles clauses peuvent certainement être interprétées comme fixant le prix de la faculté offerte au consommateur de revenir sur un engagement définitif. Ainsi, la portée de l'art. L 132-1 alin. 7 du Code de la consommation serait limitée aux prix des prestations de services formant l'objet principal du contrat. Si on reprend l'exemple des clauses usuellement utilisées dans les contrats d'enseignement, il existe bien un déséquilibre significatif, car l'abandon même légitime de la scolarité par le consommateur l'oblige à payer sans contrepartie. L'esprit de la loi commande alors que de telles clauses soient déclarées abusives[15].

Comme on a déjà attiré l'attention, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. Il s'agit d'éviter que le juge puisse déclarer abusives des clauses qui déterminent le contenu de la prestation principale du contrat de consommation (par exemple, les clauses de délimitation du risque garanti en assurance échapperont à la sanction des clauses abusives). En outre, il faut avouer que le législateur a cherché avant tout dans cette restriction à éviter qu'un consommateur puisse contester le prix convenu avec son cocontractant professionnel sur le fondement du droit des clauses abusives. Un prix excessif ne peut donc relever que du domaine du prix lésionnaire ou du droit commun (par exemple, l'art.1591 du Code civil s'oppose à la fixation du prix de vente par une seule partie). Cependant on ne doit pas en déduire que seules les clauses sans importance, car accessoires sont concernées par le droit des clauses abusives. Une clause essentielle peut très bien être déclarée abusive. Par exemple, depuis l'arrêt dit Chronopost rendu par la chambre commerciale du 22 octobre 1996, la clause limitative de responsabilité peut servir d'écho à d'autres obligations dites essentielles qui ne relèvent pas pour autant du domaine de la lésion[16].

Le système issu de la directive, comme le système antérieur, est fait pour lutter contre les déséquilibres inhérents aux clauses du contrat, et non pour assurer l'équivalence globale entre la prestation fournie et le prix demandé. Par ailleurs, par transposition de l'art. 4-2 de la directive, l'alin.7 du nouvel art. L. 132-1 dispose que « l'appréciation du caractère abusif des clauses... ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Cette dernière disposition cherche à éviter qu'un consommateur n'utilise la législation sur les clauses abusives pour contester le prix qui a été convenu avec le professionnel pour un bien ou un service déterminé. On touche ici au problème de la lésion. De même qu'on ne peut, par exemple, recourir au concept d'erreur sur la valeur pour contourner la législation restrictive sur la lésion, de même l'art. L. 132-1 du Code de la consommation ne doit pas pouvoir être appliqué à cette fin. La restriction posée par le texte ne signifie cependant pas que toutes les clauses relatives au prix sont nécessairement à l'abri de toute contestation. Des irrégularités ou des abus pourraient être commis, et sanctionnés, dans le mode de détermination de ce prix ainsi que dans ses modalités contractuelles de versement. Le nouveau texte ne saurait, par exemple, avoir pour effet de mettre hors jeu les dispositions des art. 1129 ou 1592 du Code

civil. L'exclusion de la loi sert seulement à empêcher que la législation sur les clauses abusives ne soit utilisée par les consommateurs se plaignant d'avoir payé trop cher un bien ou une prestation de services déterminée[17].

En revanche, l'impossibilité de prétendre au caractère abusif des clauses déterminant le contenu de la prestation principale du professionnel paraît logiquement résulter du texte nouveau. Avant la réforme, le cas s'était déjà présenté en jurisprudence, en particulier à propos des contrats d'assurance invalidité ne couvrant que l'impossibilité absolue et définitive de se livrer à toute occupation rapportant un gain et obligeant l'assuré à recourir à l'assistance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie. De telles clauses qui définissent précisément le risque garanti par l'assureur ne sont pas abusives au sens de la loi[18]. Définissant le contenu de la prestation promise par ce dernier, et librement acceptées par l'assuré, elles ne soulèvent que des problèmes d'interprétation. Ainsi, nous soutenons que l'exclusion légale, qui se présente comme une simple règle relative à l'appréciation du caractère abusif des clauses, montre en tout cas que des restrictions peuvent exister au domaine d'application du nouvel art. L. 132-1.

Le 3 juin 2010, la Cour de Justice a eu à se prononcer sur la liberté laissée aux Etats membres par la directive 93/13 relative aux clauses abusives quant aux clauses portant sur le prix ou les prestations principales[19]. En effet, l'art. 4.2 de cette directive exclut de l'appréciation du caractère abusif deux moment d'appréciation et notamment les clauses portant « sur la définition de l'objet principal » ou 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 ».

Tous les Etats membres n'ont pas transposé cette exclusion, comme l'Espagne dont le droit permet de contrôler le caractère abusif de ces clauses quand bien même elles seraient rédigées de manière claire et compréhensible[20]. Le litige en l'espèce opposait une banque espagnole et l'un de ces clients à propos d'une clause d'un contrat de prêt permettant d'arrondir au quart de point supérieur le pourcentage du taux d'intérêt nominal variable. Se posait alors la question de savoir si cette clause pouvait faire l'objet de l'appréciation du caractère abusif, comme le permet la loi espagnole, contrairement à l'art.4.2 de la directive 93/13, ce qu'approuva la Cour de Justice. Elle considéra, dans un premier temps, que les clauses portant sur l'objet principal du contrat n'ont pas pour fonction de délimiter le champ d'application de la directive. Si tel avait été le cas, ces clauses, parce qu'alors exclues du champ de la directive, se retrouveraient en dehors de son champ d'application et seraient alors soumises à la liberté des Etats membres indépendamment du degré d'harmonisation de la directive (liberté néanmoins encadrée par le respect des objectifs de la directive), laissant la possibilité aux Etats, à l'instar de l'Espagne, de les inclure ou non dans le contrôle de l'abus.

Ne délimitant donc pas le champ d'application de la directive, les clauses relatives aux prix relèvent bien du champ harmonisé, l'art.4.2 ne faisant que les exclure de la seule appréciation du caractère abusif, au même titre que l'art.4.1 précise les éléments à prendre en compte pour cette appréciation (nature du bien ou des services, moment et circonstances de la conclusion du contrat). Etant dans le champ harmonisé, ces clauses sont soumises au principe de son harmonisation minimale (art. 8), permettant aux Etats membres de protéger davantage le consommateur: libres alors sont les Etats, comme l'Espagne, d'inclure les clauses relatives au prix dans ce but de protection. Il en serait tout à fait différemment si demain la proposition de directive relative aux droits des consommateurs était adoptée en l'état (V. *supra*) dans la mesure où elle soumet à un régime d'harmonisation totale ses dispositions relatives aux clauses abusives, dispositions dont le contenu est très proche de la directive 93/13[21].

2. L'approche moldave du moment de l'appréciation: problèmes et perspectives. En comparaison avec la France où la législation sur les clauses abusives réglemente l'institution de l'appréciation des clauses abusives, il faut mentionner qu'en République de Moldova la Loi sur la protection des consommateurs ne prévoit pas des normes express sur le problème de moment de l'appréciation des clauses abusives. Dans la législation moldave, l'unique source pour l'appréciation du caractère abusif dans les contrats de consommation, se retrouve dans les prévisions de l'art.1 alin.(18) de la Loi nº 105-XV du 13 mars 2003[22] qui stipule qu' « 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 ». Selon la définition donnée, on peut déduire que le concept du déséquilibre significatif a été pris totalement d'art.3 alin.(1) de la directive du 5 avril du 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

La Cour de Cassation de la République de Moldova par sa décision nº7 du 02.10.2006 sur l'application de la législation sur la protection des consommateurs dans le jugement des cas civiles, explique[23] que «dans le cas quand dans la législation manque une norme spéciale, qui réglemente les rapports qui dérivent du contrat de prestation des services, conclus entre le consommateur et le professionnel, vont s'appliquer les normes générales concernant les obligations prévues dans le livre IIIe du Code civile».

Conformément aux prévisions de l'art. 716 alin. (2) du Code civ. moldave on considère qu'une clause

contractuelle standard préjudicie disproportionnément l'autre partie du contrat dans le cas quand:

a) n'est pas compatible avec les principes essentiels des réglementations auxquelles dérogent. Cette disposition s'applique dans le cas quand une clause contractuelle générale contrevienne aux principes essentiels d'une norme avec caractère dispositif ;

b) limitent les droits et les obligations essentielles qui résultent de la nature contractuelle de l'autre partie dans la mesure laquelle apparaisse le risque que le but du contrat ne sera pas obtenu.

c) le contenu de cette clause n'est pas claire ou ne peut pas être compris

Problèmes. Même s'il existe des certaines exigences épisodiques dans l'art.4 de la Loi nº105 sur les clauses qui ne peuvent pas être introduites dans les contrats, sur la sanctionne (la nullité absolu de ceux-ci) et sur le mécanisme de control pour la coordination des contrats-type par l'organe responsable et les prévisions de l'art.712-720 du Code civ., il faut reconnaître que ce système n'assure pas un cadre légale suffisant pour la protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats.

Actuellement, le problème réside dans l'insuffisance du cadre complexe qui pourrait prévoir les exigences générales concernant l'interdiction de l'introduction dans les contrats conclus par les professionnels avec les consommateurs, des clauses abusives qui par leurs contenu crées un déséquilibre entre les droits et les obligations de parties, ce qui fait un obstacle significatif pour la prise des décisions par les instances judiciaires. Il faut reconnaître que cette absence réglementaire crée plusieurs problèmes pour les praticiens moldave (juges et avocats) à la résoudre de leur cas et enfin les défavorisées sont les consommateurs, qui n'ont pas de grands succès, respectivement confiance dans le système de lutte contre les clauses abusives.

Perspectives. Tenant compte que pour établir le caractère abusif d'une clause contractuelle, celles-ci doivent être évaluée en rapport direct avec des critères clairement établis, ce problème a été mis en discussion dans le projet d'élaboration d'une Loi sur les clauses abusives, qui a comme but de transposer intégralement la Directive européenne sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Le projet sur une lois des clauses abusives propose le développement du cade légale dans le domaine de protection des intérêts économique des consommateurs par l'établissement des exigences légales pour l'interdiction de l'introduction des clauses qui peuvent crées un déséquilibre significatif et ce qui est important pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause: l'institution d'une liste d'orientation des clauses contractuelles qui peuvent être considérées comme étant abusives, tenant compte de la liste recommandée de la directive.

Notes:

[1] *Code de la consommation français*, adopté par la Loi nr. 78-23 du 10 .01. 1978.JO RF du 11.01.1978, p.301. http://www.legifrance.gouv.fr.

[2] Paisant G., *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96* du 1er février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

[3] Art. 4-1.

[4] Paisant G., *art. prec.*

[5] *Directive européen* 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO CE, 21.04.1992, nr. 92, p.29-31.

[6] *La loi de la République Française* n°95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JOFR du 2 février 1995, p.1755

[7] Bazin E., *Le consentement du consommateur,* Paris, L.G.D.J, p.344

[8] Paisant G., D. 1995, chron., p 100, spéc. n° 11.

[9] *Code civil français*, adopté par la loi du 21 mars 1804 dans la période du Napoléon, pendant la IIIe République Française

[10] *Sur la clause pénale et la clause abusive,* V.A. Siney-Citermann, Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement , les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, LGDJ 1991, p 167; Paisant G., *Clauses pénales et les clauses abusives* après la loi n°95-96 du 1er février 1995, D 1995, chron., p.223.

[11] Cass. 1re civ. 6 déc. 1989 : D. 1990, p 289, note J. Ghestin ; JCP 1990, Ed. G, II, 21534, note Ph. Delebecque ; RJ com. 1990, p 303, note Izorche ; 6 janv. 1994, JCP 1994, Ed. G, Il , 22237, note G. Paisant ; D. 1994, Somm., p 209, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, Conc., Consom. mars 1994, Comm., n° 58, G. Raymond ; TGI Brest 21 déc. 1994, RJDA 1995, n° 218, p 177.

[12] Cass. 1re Civ. 10 oct. 1995 : JCP 1996, Ed. G, II, 22580, note G. Paisant et I , 3914, obs. M.Billiau ; comp. CA Orléans 4 mai 1994: Rev. jur. Centre Ouest, 1995, p 129, note C.Guelfucci: cet arrêt refuse de considérer comme abusive la clause permettant d'échapper au paiement intégral en cas de maladie, accident ou décès de l'élève.

[13] Paisant G.et Billiau M., *art. préc.*

[14] Cass. 1re civ. 10 fév. 1998, Contrats, Conc., Consom. mai 1998, n° 70, comm. L. Leveneur ; D. 1998, p 539 et s, note D. Mazeaud.

[15] Paisant G., *Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96* du 1er février 1995, D. 1995, chron., p 224, spéc. n° 7 ; également Mazeaud D., Droit et Patrimoine juin 1995, p 48 ; Par ailleurs, l'annexe de la loi de 1995 (clause & 1, e) vise toutes les clauses d'indemnisation forfaitaire ; favorable aussi, Cas. 1re civ. 14 mai 1991, D. 1991, p 449, note Ghestin J.; *Critique*, Biliau M., JCP 1996, éd. G, I, 3914, p 125 et 126 ; V. surtout, l'arrêt préc. du 10 fév. 1998.

[16] Bazin E., *op.cit.,* p.350

[17] Paisant G., *art.prec.*

[18] CA Chambéry, ch. civ., 22 nov. 1994, Cie Assupar Vie, inédit.

[19] Cjue 3 juin 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c/ Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

[20] Carole Aubert De Vincelles, *Droit européen des obligations,* Juillet 2009-Juillet 2010, *Revue trimestrielle de droit européen,*2010 p. 695

[21] *Ibidem*, p. 695, art. prec.

[22] *La loi moldave sur la protection des consommateurs* nr. 105-XV du 13 mars 2003, *MO RM,* nr. 126-131/507 du 27.06.2003

[23] Point 1 et 42.