Avis du Comité économique et social sur le «Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs»

(2001/C 116/25)

Le 27 avril 2000, la Commission européenne a décidé, conformément à l'article 262 du Traité instituant la Communauté économique européenne, de consulter le Comité économique et social sur le rapport susmentionné.

La section «Marché unique, production et consommation», chargée de préparer les travaux du Comité en la matière, a adopté son avis le 8 novembre 2000 (rapporteur: M. Ataíde Ferreira).

Lors de sa 377^e session plénière des 29 et 30 novembre 2000 (séance du 30 novembre), le Comité économique et social a adopté l'avis suivant par 85 voix pour, 38 voix contre et 11 abstentions.

1. Introduction

1.1. La question de l'insuffisance des principes classiques de la libre volonté, de l'égalité des parties et de la liberté de contracter, synthétisés dans l'adage latin «pacta sunt servanda» et consacrés dans l'ensemble des régimes juridiques de droit civil européens, tributaires ou non du Code Napoléon, pour ce qui est de régir, avec justice et équité, les relations contractuelles, notamment entre particuliers, s'est posée avec une grande intensité, à l'apogée de l'âge industriel, avec l'apparition des «contrats types» ou «contrats d'adhésion»⁽¹⁾. Caractérisés fondamentalement par la «supériorité économique de l'un des contractants, qui le place en position de dicter les clauses du contrat à l'autre, par le caractère unilatéral des clauses, conçues spécialement dans l'intérêt de la partie la plus puissante», et par l'invariabilité du texte du contrat, qui place la partie la plus faible devant le dilemme du «c'est à prendre ou à laisser»⁽²⁾, les contrats d'adhésion suscitent différents problèmes, notamment au niveau de la formation de la volonté et de son contenu, exprimé dans des conditions générales non négociées.

1.2. Dans plusieurs pays européens, on a vu apparaître, dans des lois isolées ou intégrées dans le Code civil, des normes spécifiques destinées à remédier à l'injustice résultant de l'utilisation de certains types de clauses contractuelles figurant notamment dans les «conditions générales» de contrats pré-rédigés et qui se traduisaient dans un déséquilibre effectif entre les parties contractantes. La loi danoise sur les pratiques commerciales remonte à 1974; la «AGB-Gesetz» allemande date de décembre 1976; le «Unfair Contract Terms Act» anglais est de 1977; le «Sale of Goods and Supply of Services Act»

irlandais a été publié en 1980; la loi luxembourgeoise qui identifie vingt types de clauses abusives est de 1983; la loi portugaise sur les «cláusulas contratuais gerais» a été publiée en 1985.

1.3. Au niveau européen, c'est le Conseil de l'Europe qui a formulé le 16 novembre 1976 une recommandation relative aux clauses abusives⁽³⁾. Au niveau communautaire, la question a été soulevée pour la première fois dans le 1^{er} programme pour une politique des consommateurs⁽⁴⁾, la Commission ayant quant à elle reçu un mandat exprès du Conseil dans le 2^e programme (1981) d'élaborer sur le thème un document de réflexion⁽⁵⁾. La Commission a répondu à cette demande sous la forme d'une communication au Conseil du 14 février 1984⁽⁶⁾.

1.4. Le 27 juillet 1990, la Commission a formalisé sa proposition, convertie ultérieurement en la directive 93/13/CE du 5 avril 1993⁽⁷⁾.

1.5. L'objectif de la directive 93/13/CE, clairement énoncé dans son préambule et à son article premier est de «rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur» dans la mesure où il a été jugé nécessaire de «supprimer les clauses abusives» selon des «critères d'appréciation» ou des «règles uniformes», «en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien».

(1) C'est Saleilles, le grand juriste français, qui en 1901 a ainsi baptisé les propositions de contrat au contenu prédéterminé et non négociable, expression consacrée dans les pays de tradition latine et traduite dans les pays de «common law» par les termes «standard form contracts».

(2) Carbonnier, «Droit Civil», 6^e éd., T4, 1969, p. 53.

(3) Résolution 76(47) du Conseil de l'Europe du 16 novembre 1976.

(4) Approuvé par une résolution du Conseil du 14 avril 1975.

(5) Point 30: la Commission présentera, en premier lieu, un document de réflexion dans lequel elle formulera la problématique relative à ce sujet et les différentes options possibles, en vue d'harmoniser les conditions de concurrence susceptibles d'être affectées par les disparités dans ce domaine (Bulletin CE 5-81).

(6) COM(84) 55 final; Bulletin CE Suppl. 1-84.

(7) JO L 95 du 21.4.1993.

1.6. Ont été expressément exclus du champ d'application de la directive:

- les contrats conclus entre professionnels;
- ou entre consommateurs;
- les contrats de travail;
- les contrats relatifs aux droits de succession et au statut familial;
- les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés.

1.7. Par ailleurs, eu égard au caractère minimaliste de son article 8, la directive laisse la possibilité aux États membres de ne pas inclure dans leurs mesures de transposition la réglementation des éléments suivants:

- les clauses qui font l'objet d'une négociation individuelle;
- les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des principes ou des dispositions de conventions internationales;
- les clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat et sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération et les services ou biens fournis, à condition qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible.

1.8. La directive établit également une liste «non exhaustive» de clauses considérées «abusives», uniquement à caractère indicatif, «pouvant être déclarées comme abusives» à condition de répondre aux exigences de son article 3, paragraphe 1, c'est-à-dire qui, «en dépit de l'exigence de bonne foi [...] crée[nt] au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties» (liste grise).

1.9. La directive imposait enfin aux États membres de se doter d'un «système adéquat et efficace afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives» qui inclut la possibilité pour les «personnes ou les organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif» et si c'est le cas, d'appliquer «des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses».

1.10. Les États membres étaient supposés avoir procédé à la transposition de la directive au 31 décembre 1994 au plus tard.

1.11. Près de cinq ans après cette date, entre le 1^{er} et le 3 juillet 1999, la Commission a ouvert un débat public sur le thème «Évaluation et perspectives pour l'avenir» de la directive en accueillant à Bruxelles près de 300 spécialistes du droit des obligations et du droit de la consommation, des représentants des États membres et d'organisations professionnelles et de consommateurs intéressés et des fonctionnaires des institutions communautaires⁽¹⁾.

1.12. Aux termes de l'article 9 de la directive, la Commission devait soumettre au Parlement européen et au Conseil, avant le 31 décembre 1999, «un rapport concernant l'application de la directive». C'est ce rapport, publié par la Commission le 27 avril 2000, qui est maintenant soumis à l'examen du Comité économique et social.

1.13. Le rapport de la Commission a un double objectif: d'une part, procéder à une analyse critique, non seulement du régime créé pour l'harmonisation législative de la définition, de la prévention et de la sanction de l'utilisation de clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, mais aussi des modalités de sa transposition, mise en œuvre et application dans les États membres; d'autre part, lancer un débat public et appeler des contributions en vue de la révision et de l'éventuelle reformulation du régime institué.

2. Appréciation du rapport de la Commission

2.1. Il faut reconnaître non seulement la qualité du rapport dans ses aspects techniques et documentaires mais aussi l'opportunité de sa présentation, malgré le caractère limité, dont il rend d'ailleurs compte, de l'expérience en matière d'application du régime institué dans certains États membres, qui n'ont transposé la directive que depuis très récemment.

2.2. Il convient également de prendre acte des efforts accomplis pour que le rapport synthétise les différentes contributions apportées à la discussion du thème durant les journées du 1^{er} au 3 juillet 1999 mentionnées plus haut. Une mention particulière est à attribuer à l'énoncé des questions fondamentales établi dans le document à la suite et comme conséquence du débat susmentionné.

2.3. Une autre considération préliminaire participe également de l'estime accordée aux travaux que la Commission a réalisés, tout au long de ces années, non seulement en matière d'analyse sectorielle des décisions prises par les organes nationaux compétents qui se sont prononcés sur le caractère abusif de certains types de clauses, travail dont il est rendu

⁽¹⁾ Les travaux de ces rencontres (356 pages au total) peuvent être consultés sur Internet (http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/events/event29_en.html). Leurs conclusions, résumées par le Chef de l'unité C de la DG XXIV d'alors, se trouvent aux pp. 232 ss.

compte, mais également en ce qui concerne l'initiative de la création du CLAB⁽¹⁾, instrument utile pour la caractérisation du phénomène au niveau communautaire. Le CES a fait valoir en 1991⁽²⁾ lorsqu'il s'est prononcé sur la proposition de directive, qu'il était indispensable de concevoir une méthode d'analyse de l'application du régime à instituer et il est par conséquent particulièrement sensible au fait que l'opportunité de sa proposition d'alors soit confirmée.

2.4. Le Comité marque son accord de principe tant avec l'approche critique de la Commission en ce qui concerne le régime institué par la directive, tout en ne l'approuvant pas sur tous les points, qu'avec la rigueur, les critères et le soin qui ont présidé à la formulation des questions présentées dans le document en objet.

2.5. Malgré le retard avec lequel certains États membres ont transposé la directive, il apparaît que, au niveau européen:

- (a) ses modalités de transposition n'ont pas amené une véritable harmonisation des différents droits nationaux;
- (b) les États membres n'ont pas interprété de manière identique la portée et la nature des dispositions de la directive;
- (c) la manière dont les normes de transposition sont appliquées dans les différents États membres n'est pas identique non plus en termes d'efficacité.

2.6. On constate donc que persistent des différences sensibles en ce qui concerne les niveaux de protection des consommateurs selon la loi applicable aux contrats qu'ils concluent. Ces différences sont renforcées par le caractère minimaliste de la directive qui autorise certains États membres à instituer des régimes de protection plus stricts, mais non harmonisés, de protection des consommateurs, ce qui ne contribue pas, et même porte préjudice, à l'achèvement du marché intérieur.

2.7. Il appartient au CES de se centrer pas tant sur les aspects descriptifs et informatifs du régime existant et de son application que sur l'examen des propositions de modification ou de reformulation du système, compte tenu, mais pas exclusivement, des différentes questions posées par la Commission⁽³⁾, et en reprenant nécessairement (et, le cas échéant, en abandonnant) les positions antérieurement exprimées sur le thème⁽⁴⁾.

(1) Base de données sur les clauses abusives.

(2) JO C 159 du 17.6.1991, p. 34 ss., paragraphe 2.1.4.

(3) Les 22 questions sur lesquelles la Commission suscite le débat et invite à recueillir des points de vue et des suggestions dans son rapport sont en fait, lorsqu'il est procédé à une analyse plus détaillée, au nombre de 33. Il ne nous appartient pas de répondre à chaque question, mais, comme cela a été mentionné, de prendre position sur les plus importantes.

(4) Cf. notamment l'avis d'initiative de 1998 sur «Les consommateurs dans le marché des assurances», JO C 95 du 30.3.1998.

2.8. Suivant là les positions qu'il a exprimées à plusieurs occasions en la matière, le Comité économique et social ne pourra accepter que, sous le prétexte de la révision de la directive, la publication de celle-ci se traduise par un recul du niveau de protection que les consommateurs ont atteint au sein de l'Union européenne, ce qui est interdit par le Traité (articles 2 et 153, paragraphe 1).

2.9. Dans ce contexte, le présent avis analyse les questions fondamentales suivantes:

- (a) le champ d'application de la directive;
- (b) la définition des principes généraux qui la sous-tendent;
- (c) la typologie et le caractère de la liste de clauses considérées comme abusives;
- (d) la nature du vice et ses conséquences juridiques;
- (e) les mécanismes de sanction de l'utilisation de clauses abusives;
- (f) le rôle du dialogue entre professionnels et consommateurs;
- (g) l'importance et l'avenir de la base CLAB.

3. Le champ d'application de la directive

3.1. La première question qu'il faut poser d'emblée est celle du champ d'application du régime à l'examen.

S'il est légitime, d'un point de vue historique, qu'à l'origine, la protection contre l'utilisation de clauses abusives dans les contrats ait été tournée exclusivement vers les consommateurs dans leurs relations avec des professionnels, il est devenu possible aujourd'hui, à partir du Traité d'Amsterdam, de trouver une base et un fondement juridiques pour en élargir la portée — article 65 du traité⁽⁵⁾.

(5) Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à:

- a) améliorer et simplifier:
 - le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires;
 - la coopération en matière d'obtention des preuves;
 - la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires;
- b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence;
- c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres.

3.2. La situation de déséquilibre contractuel et d'inégalité matérielle entre les parties dans la conclusion de certains types de contrat, dont les contenus seraient proposés par l'une des parties, l'autre partie n'ayant plus qu'à accepter ou à refuser leurs clauses, n'existe pas uniquement dans les relations entre les professionnels et les consommateurs, mais de manière générale, dans toutes les relations dans lesquelles ce type de contrat viendrait à être utilisé, et dans lesquelles l'une des parties n'aurait pas de possibilité réelle d'intervenir sur le contenu du contrat, sur un pied d'égalité, ce qui vaut particulièrement pour les PME industrielles ou commerciales, ou d'autres professionnels et associations. Par ailleurs, certains États membres ont déjà adopté une législation relative aux clauses abusives dans les contrats, qui va beaucoup plus loin que ce qui est prévu dans la directive à l'examen, dans la mesure où elle s'étend aux relations entre particuliers qui ne constituent pas de relations de consommation, ainsi qu'aux relations entre professionnels.

3.3. Aussi, ne semble-t-il pas justifié de limiter le régime institué pour la prévention et la répression de l'utilisation de clauses abusives aux seules relations de consommation. Il faut au contraire l'élargir à tous les types de relations contractuelles présentant ces caractéristiques, comme le CES l'avait déjà souligné dans son avis de 1991 précité⁽¹⁾.

3.4. Si la Commission n'entend pas étendre substantiellement le champ d'application de la directive dans le sens indiqué, elle devra, dans un premier temps, prévoir du moins une «application automatique» obligatoire dans les cas où une clause abusive dans une relation contractuelle «consommateur-entreprise» figure également dans la relation contractuelle «entreprise-entreprise» à un stade antérieur de la chaîne de distribution.

3.5. Cela ne préjuge néanmoins pas de la nécessité d'appliquer un traitement différencié pour les contrats dans lesquels une des parties est un consommateur, pour prendre en considération la nature particulière des relations de consommation, étant donné les différences que peuvent présenter tant le type de clauses réputées abusives que l'intensité de la protection — distinction, par exemple, entre les interdictions absolues et les interdictions relatives ou encore le régime d'appréciation du caractère abusif (appréciation d'office par l'instance compétente), ou inversion de la charge de la preuve pour ce qui est d'alléguer ou de démontrer le caractère abusif.

3.6. Par ailleurs, certains types d'exclusions, figurant dans le régime actuel⁽²⁾ ne semblent pas justifiés, comme le dit, à juste titre, la Commission.

3.6.1. Il s'agit, en particulier, d'exclusions relatives aux clauses contractuelles négociées individuellement par le

consommateur, aux dispositions «impératives» et aux stipulations contractuelles relatives au prix et à l'objet du contrat, qui sont autant de matières que la majorité des États membres n'ont d'ailleurs pas transposées, au bénéfice, évidemment, du régime de protection des consommateurs.

3.6.2. Ajoutons que le recours par la majorité des États membres à la faculté de ne pas utiliser d'exclusions se traduit, au niveau communautaire, par l'aggravation des divergences législatives (législations nationales non harmonisées), ce qui porte préjudice au bon fonctionnement du marché intérieur, notamment en matière de concurrence⁽³⁾.

4. La définition des principes généraux

4.1. Sur le plan des principes généraux qui sous-tendent le régime, il y a lieu d'étudier l'importance qui doit être accordée à certains concepts fondamentaux de la négociation des contrats.

4.1.1. C'est le cas du principe de transparence, dont la notion et la fonction ne sont pas totalement claires dans la formulation actuelle du texte, en particulier pour ce qui est de ses conséquences dans la vie du contrat.

4.1.2. L'on gagnerait en clarté s'il était établi de manière non équivoque que:

- (a) les clauses n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle ne peuvent être considérées comme ayant été acceptées par le consommateur que lorsque celui-ci a eu effectivement l'opportunité d'en prendre connaissance et d'apprécier leur sens avant la conclusion du contrat; et que
- (b) les clauses contractuelles doivent être rédigées de façon lisible, claire et univoque et être compréhensibles par un consommateur moyen usant de la diligence normale d'un bon père de famille, sous peine d'être considérées comme nulles et non avenues⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Il est ainsi répondu par l'affirmative à la question n° 1 du rapport de la Commission, outre que l'on prend clairement position sur la question de l'extension du champ d'application de la directive à tous les contrats, indépendamment du fait qu'une des parties soit un consommateur ou non, ce qui correspond à diverses suggestions formulées dans ce sens lors des journées des 1^{er} au 3 juillet 1999.

⁽⁴⁾ Comme le Comité l'a déjà mentionné au paragraphe 2.5.3 de son avis susmentionné.

⁽¹⁾ JO C 159 du 17.6.1991, paragraphe 2.3.3.

⁽²⁾ Évoquées au paragraphe 1.7.

4.1.3. Le principe de la transparence devrait également servir de fondement pour que soient prévues, pour celui qui propose des conditions contractuelles générales non négociables, en particulier dans les ventes à distance, notamment via les nouvelles technologies, les obligations découlant pour les contractants du non-respect des obligations d'information précontractuelle, matière sur laquelle le CES a attiré, sans succès toutefois, l'attention du Conseil et de la Commission en 1991⁽¹⁾⁽²⁾.

4.2. Cependant le principe de bonne foi lui-même et son articulation avec la notion de déséquilibre contractuel semblent devoir être clarifiés également au niveau communautaire, de manière à ce que leur transposition ne donne pas lieu, comme cela se produit aujourd'hui, à des régimes divers, voire divergents, dans les différents droits nationaux.

4.2.1. Les journées du 1^{er} au 3 juillet ont d'ailleurs donné lieu à des vastes débats sur les différentes significations qui peuvent être données à l'expression figurant à l'article 3, paragraphe 1 de la directive, à savoir «en dépit de l'exigence de bonne foi», traduite de différentes manières, voire dans des sens opposés, dans les différentes versions linguistiques de la directive⁽³⁾.

4.2.2. De même, le contenu de l'expression «déséquilibre significatif» n'est pas clair, celui-ci étant exigé en sus de la bonne foi.

4.2.3. Enfin, le contenu même de la «bonne foi» n'est pas univoque, car elle dépend des traditions juridiques différentes des États membres et suscite la question fondamentale, de caractère éminemment théorique, mais dotée d'évidentes répercussions pratiques dans l'application du droit, de savoir si l'on doit continuer à faire appel à cette notion comme élément faisant partie intégrante du concept de clause abusive.

4.3. La Commission ne prend pas expressément position sur ces questions dans son rapport. Malgré les difficultés

techniques et juridiques sous-jacentes, le CES invite la Commission à se prononcer à ce sujet, de sorte à clarifier le sens et le contenu de ces notions fondamentales, afin que leur transposition en droit national se fasse sans équivoque et de manière effectivement harmonisée.

4.4. Le CES invite également la Commission et les États membres à unir leurs efforts afin d'examiner l'opportunité d'une nouvelle approche de toute cette matière, en recourant notamment à l'expérience nord-américaine dans l'élaboration de «lois cadres» ou de «lois uniformes», et ce dans le but de progresser, de manière plus cohérente, dans les efforts en vue d'une réelle convergence des droits nationaux, du moins en termes sectoriels (comme les assurances, le secteur bancaire, les transports, les services essentiels), ce qui permettrait de surmonter les difficultés soulevées par la coexistence dans l'UE de systèmes juridiques basés sur des concepts divergents.

5. La typologie et la nature des listes de clauses abusives

5.1. Les types de clauses contractuelles générales interdites et l'établissement de leur liste doivent également être revus, en les classant par clauses absolument interdites (liste noire) et clauses relativement interdites (liste grise) entre lesquelles il faut faire la distinction.

5.1.1. Plutôt qu'augmenter le nombre d'exemples de clauses, il serait préférable d'améliorer et de simplifier leur libellé.

5.1.2. La liste noire devrait se limiter aux situations où le caractère abusif est unanimement reconnu dans le droit comparé des États membres, du fait d'une violation des principes généraux communément acceptés dans tout type de contrat.

5.2. Indépendamment de leur caractère contraignant ou indicatif, les listes noires ou grises doivent obligatoirement être transcrites telles quelles dans les textes légaux de transposition de la directive.

5.3. Le caractère impératif de la liste noire et le caractère simplement indicatif de la liste grise doivent être précisés dans le texte législatif. La situation actuelle est inappropriée, état de fait sur lequel le CES a déjà attiré l'attention⁽⁴⁾.

(1) Cit. n° 2.5.

(2) Il est ainsi répondu aux questions n°3, 4 et 5 du rapport de la Commission, page 19 de la version française.

(3) Un juriste portugais participant aux journées avait les commentaires suivants à ce propos: «Que signifie en fin de compte» en dépit de l'exigence de bonne foi ? [...]. Cette référence à la bonne foi est-elle subjective ? Ou objective ? Mais, dans ce dernier cas, la clause peut-elle être abusive, entraîner «un déséquilibre significatif au détriment du consommateur», et, malgré cela, être «conforme à la bonne foi ?» (M. Pinto Monteiro).

(4) Cit. n° 2.8.

5.4. Il y a également lieu de revoir le contenu des listes à la lumière de l'expérience acquise et on pourrait envisager la possibilité de dresser des listes de clauses en fonction des principaux types de contrat en question (services bancaires, assurances⁽¹⁾, contrats timeshare, voyages à forfait)⁽²⁾.

6. Nature du vice et ses conséquences

6.1. Comme la Commission même le reconnaît dans son rapport, le régime actuel est particulièrement déficient et lacunaire pour ce qui est de la qualification juridique du vice résultant de l'utilisation de clauses abusives et de ses conséquences.

Vu qu'il se contente de prévoir que les clauses abusives «ne doivent pas lier les consommateurs», le libellé de l'article 6 de la directive a permis que pour sa transposition, les différents États membres établissent en fonction de leur tradition juridique propre des régimes différents de sanction pour l'utilisation de clauses abusives, qui vont de l'inexistence juridique à la nullité ou l'annulabilité, en passant par l'inefficacité, l'opposabilité ou l'inapplicabilité de ces clauses.

6.2. Le régime de chacune des sanctions civiles susmentionnées étant différent, différentes sont également leurs conséquences, notamment en ce qui concerne le caractère contraignant du contrat pour les parties, à partir du moment où les effets se produisent ou de la possibilité d'appréciation d'office par les tribunaux⁽³⁾.

6.3. Il apparaît ainsi opportun de recommander que le nouveau texte de la directive fasse la clarté quant à la nature de la sanction civile applicable pour utilisation de clauses abusives, leur effet et leur portée dans les contrats qui en comportent (nullité totale ou partielle, opposabilité, réduction) et la possibilité de l'appréciation d'office du caractère abusif par les tribunaux.

6.4. S'agissant de l'hypothèse formulée par la Commission de renforcer les sanctions de caractère civil, le Comité économique et social est d'avis que, dans les circonstances actuelles, elle n'est pas justifiée. Cependant, il ne fait aucun doute que, dans la mesure où la simple utilisation d'une clause abusive par une partie est préjudiciable aux intérêts de l'autre partie, il est justifié d'inverser la charge de la preuve pour la démonstration du lien de causalité et de l'existence du dommage, la partie lésée devant quant à elle prouver le bien-fondé du montant du dommage invoqué.

(1) Avis du CES de 1998 cit., auquel le rapport à l'examen fait largement référence.

(2) Il est ainsi répondu aux questions formulées par la Commission au n° 2, p. 17.

(3) Voir à cet égard l'arrêt important de la Cour de justice du 27 juillet 2000 (Affaires jointes C-240/98 et C-244/98)

6.5. Enfin, l'établissement de sanctions accessoires ne semble se justifier que sous forme d'une astreinte lorsque celui qui propose les clauses, condamné dans le cadre d'une action en cessation, enfreint, avec dol, l'interdiction d'utiliser ou de recommander des clauses contractuelles ayant fait l'objet d'une interdiction définitive par décision passée en force de chose jugée⁽⁴⁾.

7. Les mécanismes visant à prévenir et à mettre fin à l'utilisation de clauses abusives

7.1. Les limites du système judiciaire et ses possibilités d'amélioration

7.1.1. Dans la grande majorité des États membres, la seule façon de prévenir l'utilisation des clauses abusives est le recours à la voie judiciaire. Durant les journées du 1^{er} au 3 juillet 1999, l'ensemble des spécialistes entendus ont unanimement considéré que le système de contrôle judiciaire existant dans les différents pays est lacunaire et peu efficace par rapport à l'objectif de mettre un terme à l'utilisation des clauses contractuelles abusives.

7.1.2. Les principales raisons évoquées sont:

- (a) la lenteur des procédures judiciaires, même lorsqu'il s'agit de procédures préventives ou urgentes;
- (b) le régime général de la portée et de l'effet de la chose jugée, limitée exclusivement, en principe, au contrat ou à la clause soumise à l'appréciation des tribunaux, ainsi qu'à celui qui l'a proposée;
- (c) la possibilité que, durant le cours même de l'action en cessation, l'auteur de la proposition de contrat modifie formellement les contrats et réduise à néant l'effet utile de l'action en invoquant un non-lieu à statuer, obligeant les plaignants à introduire indéfiniment autant de nouvelles actions que son imagination lui permet de modifier une fois après l'autre la rédaction des clauses, voire uniquement leur numérotation dans le formulaire des conditions générales.

7.1.3. Il apparaît donc justifié d'encourager les efforts de la Commission visant à:

- (a) faire pression sur les États membres pour qu'ils garantissent des voies de droit plus rapides et efficaces, lesquelles permettent l'interdiction effective et garantissent la non-utilisation de clauses contractuelles abusives;

(4) Il est ainsi répondu aux questions 6, 7 et 8 de la Commission formulées à la page 21 et aux questions 13 et 14, page 25.

- (b) étudier la possibilité, en conformité avec les nouvelles orientations en matière de droit de la procédure civile suivies dans les États membres, de définir les conditions dans lesquelles une décision judiciaire relative à un type de clause considérée comme abusive par une décision judiciaire puisse être rendue contraignante pour tous les contrats identiques utilisés par la personne qui a proposé ce type de clause et, avec les garanties nécessaires pour permettre une intervention en justice, par d'autres personnes proposant des contrats dans le même secteur, voire par tout contractant en général;
- (c) imposer aux personnes qui proposent des clauses et sont condamnées en justice l'obligation de rendre publique dans les médias la teneur des clauses considérées comme abusives, selon les critères de prudence de la justice et en considérant les bénéfices obtenus avec l'infraction, dans la mesure où cela peut contribuer en temps utile à la prévention de l'utilisation de clauses abusives et à l'information des intéressés;
- (d) prévoir des mécanismes en vue d'apporter un soutien financier adéquat aux interventions en question.

7.2. Surveillance administrative

7.2.1. Sans préjudice de ce qui figure au paragraphe précédent, le Comité estime que, au niveau communautaire, il faut prévoir l'institution de systèmes de nature administrative permettant à une instance indépendante et appropriée de décider du caractère abusif de certaines clauses et d'en interdire l'utilisation, en général, sans préjuger de la possibilité pour les instances concernées de recourir aux tribunaux pour attaquer la décision administrative.

7.2.2. L'expérience recueillie dans les États membres dotés de systèmes de ce genre, comme le Royaume-Uni (Office of Fair Trading), la France et la Belgique (Commissions des clauses abusives) ou les pays nordiques (Ombudsmen des consommateurs) est de nature à justifier pleinement que l'on encourage la Commission à avancer avec détermination sur la voie indiquée au paragraphe précédent.

7.2.3. En revanche, le CES ne préconise pas — suivant là, d'ailleurs, la position déjà adoptée dans son avis de 1991⁽¹⁾ — l'institution par la Communauté d'un médiateur européen dans ce domaine. En effet, il n'estime pas qu'un organe distant de la vie quotidienne des agents économiques, et en particulier des consommateurs de son pays ou de sa région, puisse contribuer efficacement et en temps utile à la résolution du type de différends dus à l'utilisation de clauses contractuelles abusives.

7.3. Les autorités administratives, qui se prononcent sur le caractère abusif des clauses contractuelles doivent également pouvoir fournir des conseils sur le contenu, non abusif, de celles-ci⁽²⁾.

8. Le rôle du dialogue entre professionnels et consommateurs

8.1. Étant donné que la prévention de l'utilisation des clauses abusives doit prévaloir sur la répression, et considérant le caractère de plus en plus transfrontalier de la conclusion des contrats, avec des conditions générales identiques pour les différents contrats dans les différents États membres, il semble opportun d'étudier l'institutionnalisation de mécanismes de concertation extrajudiciaires, au niveau du dialogue entre des représentants des consommateurs et des représentants des professionnels, ainsi qu'entre ceux-ci, à l'échelle communautaire, pour l'établissement d'accords collectifs⁽³⁾.

8.1.1. Il conviendra toutefois de veiller à ce que des accords de ce genre n'équivalent pas à des pratiques concertées qui enfreignent les règles de la concurrence, même si une interprétation systémique et finaliste des dispositions pertinentes du traité est difficilement susceptible d'aboutir à la condamnation de ces accords sur cette base.

8.1.2. À ce niveau, il sera primordial de favoriser les mécanismes volontaires menant à l'établissement de codes de conduite qui incluent des contrats types dépourvus de clauses abusives, en particulier s'agissant des secteurs d'activité les plus problématiques, comme celui des services essentiels ou des services financiers, en particulier lorsque ces services sont négociés à distance, notamment via Internet.

8.2. Il est néanmoins également pertinent d'instituer des mécanismes extrajudiciaires, de médiation, voire d'arbitrage, pour la résolution de litiges incluant l'utilisation de clauses contractuelles générales, en particulier dans les contrats transfrontières, et notamment lorsqu'ils ont pour objet des contrats négociés par l'intermédiaire du commerce électronique. Il est plus facile d'instituer ou d'appliquer de tels mécanismes volontaires lorsqu'ils sont limités aux systèmes extrajudiciaires de médiation et d'arbitrage.

(1) Cit. n° 2.1.7.

(2) Il est ainsi répondu aux questions 9, 10, 11 et 12 formulées aux pages 24 et 25 et aux questions 16 et 17, aux pages 27 et 28 du rapport de la Commission.

(3) Cf. paragraphe 2.54 de l'avis de 1991.

8.2.1. En règle générale, il ne semble pas adéquat de soumettre la rédaction d'un contrat quelconque, sauf lorsqu'il porte sur des services essentiels d'intérêt général, au contrôle préalable d'une autorité administrative de réglementation, non seulement en raison de la bureaucratie que cela entraînerait, mais également parce que rien ne garantirait que ces contrats ne contiennent pas de clauses abusives.

8.2.2. Le Comité estime toutefois que si les organes visés au paragraphe 7.2.1 sont créés, c'est à eux qu'il conviendrait de donner compétence pour approuver les clauses de conditions contractuelles générales que ceux qui proposent les contrats leur soumettraient volontairement ⁽¹⁾.

9. La base CLAB

9.1. S'agissant de la base CLAB, le Comité économique et social souligne comme il l'a déjà fait l'intérêt de cette initiative et les efforts de la Commission visant à ce qu'elle soit mise à jour en permanence. Peuvent s'en servir et en bénéficier non seulement la communauté scientifique, mais aussi les institutions communautaires et les magistrats, avocats et autres autorités administratives chargés d'interpréter et d'appliquer le droit interne dérivé de la transposition de la directive, ce qui contribue de manière décisive au développement des études de droit comparé en la matière et ce qui ouvre la voie à l'élaboration de lois uniformes (v. paragraphe 4.4).

9.2. Le Comité estime cependant que, outre la simple collecte et mise à disposition de données de la base CLAB, il serait opportun que la Commission tire davantage parti des éléments qu'elle possède déjà, notamment en les rendant disponibles dans toutes les langues communautaires ⁽²⁾ et en élaborant et divulguant des études globales, sectorielles ou thématiques sur les orientations de la jurisprudence européenne en la matière ⁽³⁾.

9.3. Il serait souhaitable que la Commission élabore, à un rythme approprié, un rapport sur le fonctionnement du CLAB et le soumette au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social.

⁽¹⁾ Il est ainsi répondu à la question 15, page 27, et aux questions 18, 19 et 20, page 30 du rapport de la Commission.

⁽²⁾ Cf. dans ce sens la proposition de la Commission pour une décision du Conseil portant adoption d'un «Programme communautaire pluriannuel visant à encourager le développement et l'utilisation de contenu numérique européen sur les réseaux mondiaux ainsi qu'à promouvoir la diversité linguistique dans la société de l'information».

⁽³⁾ Il est ainsi répondu dans les limites jugées appropriées du point de vue institutionnel aux questions n° 2, 21 et 22 de la Commission.

10. Conclusions

10.1. Plus qu'un simple «rapprochement» des législations, une future révision de la directive 93/13/CE, préférablement dans un avenir proche, devra avoir pour objectif principal une véritable harmonisation et, en ce qui concerne des aspects fondamentaux tels que la notion même de «clause abusive» ou la définition d'une «liste noire» de clauses, une stricte uniformisation du droit des États membres dans ce domaine.

10.2. Un aspect primordial de cette révision sera la redéfinition du champ d'application de la directive, de manière à couvrir également les contrats entre professionnels, dans les cas où le déséquilibre ou l'inégalité en termes de négociation sont significatifs, notamment lorsque sont utilisés des «contrats types» ou des «contrats d'adhésion».

10.3. Il conviendra également de supprimer les exclusions actuelles, le régime de la directive devant s'appliquer également aux clauses contractuelles négociées individuellement, aux conditions générales résultant de dispositions «impératives» et aux stipulations contractuelles relatives au prix et à l'objet du contrat, à condition qu'elles remplissent les conditions nécessaires pour être classées comme abusives.

10.4. Il faudra également tirer toutes les conséquences de l'exigence de transparence dans les relations contractuelles, en frappant de nullité les clauses contractuelles ambiguës, équivoques, incompréhensibles ou illisibles, et en veillant de près à ce que ce régime soit cohérent avec les différentes directives qui imposent des obligations d'information (par exemple, ventes à distance, commerce électronique, etc.).

10.5. Il faudra repenser totalement la notion d'«abus» en termes objectifs de «déséquilibre de négociation» et préciser de manière transparente si et dans quelle mesure la notion de «mauvaise foi» doit être intégrée dans le concept de clause abusive.

10.6. S'agissant de la liste des clauses considérées comme abusives:

10.6.1. Il faudra élaborer une «liste noire» de clauses qui seront toujours considérées comme abusives, sans que soit pris en considération le moindre élément concret relatif au contrat ou aux parties contractantes.

10.6.2. Il faudra conserver une «liste grise» révisée, à caractère indicatif, pour les autorités chargées de décider du caractère abusif des clauses qui y sont énumérées, en fonction des circonstances du contrat dans lequel elles s'inscrivent.

10.6.3. Il conviendra d'élaborer des listes différenciées, à caractère indicatif, pour les contrats conclus entre professionnels et avec des consommateurs, qui varieront selon les secteurs spécifiques d'activités ou de services essentiels;

10.6.4. Les listes devront être transposées en droit national en respectant leurs termes avec précision.

10.7. Il conviendra de se prononcer plus clairement sur la nature du vice résultant de l'utilisation de clauses abusives et le régime juridique qui en résulte, ainsi que sur la possibilité de leur examen d'office par la justice.

10.8. Il convient d'examiner l'opportunité que les décisions de justice qui dans le cadre d'actions en cessation concluent au caractère abusif de certaines clauses, produisent des effets généraux applicables à des situations identiques et non circonscrits au cas d'espèce, sans préjuger des garanties adéquates d'intervention en justice.

10.9. Il faut davantage faire pression sur les États membres pour qu'ils garantissent l'institution de voies de droit efficaces et rapides pour interdire l'utilisation de clauses abusives.

10.10. Il faut instituer l'obligation d'assurer la publicité, selon le critère de prudence de la justice, dans les médias, des

décisions de justice qui condamnent l'utilisation de clauses abusives, lorsque cela peut contribuer à prévenir cette utilisation.

10.11. Il faut encourager la création par les États membres de mécanismes de contrôle administratif des clauses contractuelles générales par des autorités indépendantes disposant de la capacité de définir leur caractère abusif, d'interdire leur utilisation et de recommander la manière dont elles doivent être rédigées, sans préjuger des garanties de recours contre ces décisions administratives devant les tribunaux.

10.12. Il faut institutionnaliser des mécanismes de concertation extrajudiciaire, au niveau national et communautaire, qui privilégient le dialogue entre représentants des intéressés, en vue d'éliminer les clauses abusives ou inéquitable dans les conditions contractuelles générales, et qui soient susceptibles d'aboutir à l'établissement de contrats types ou de codes de conduite, spécialement en ce qui concerne les services essentiels d'intérêt général ou les services financiers, s'agissant des contrats conclus à distance, notamment via Internet.

10.13. Il faut examiner l'opportunité que les États membres, de leur propre initiative ou moyennant une intervention adéquate de la Commission, adoptent des réglementations de référence uniformes («lois cadres») pour la définition de contrats types, de nature sectorielle.

10.14. Enfin, il faut favoriser la maintenance de la base CLAB, garantir qu'elle soit mise à jour en permanence, exploiter tout son potentiel et améliorer son accès, notamment en ce qui concerne les langues dans lesquelles elle est disponible.

Bruxelles, le 30 novembre 2000.

Le Président
du Comité économique et social
Göke FRERICHS

ANNEXE

à l'avis du Comité économique et social

Les amendements suivants, n'ayant pas recueilli au moins le quart des voix exprimées, ont été rejetés.

Paragraphe 3.1 à 3.5

Remplacer par le texte ci-après:

«La directive de 1993 vise les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. La question est posée de savoir si le champ d'application doit être étendu aux clauses abusives dans les contrats régissant les relations entre professionnels.

Cette extension n'est pas souhaitable pour plusieurs raisons:

En effet, la liberté contractuelle doit être de mise entre professionnels. Aussi, il ne faut pas courir le risque de mettre à néant tout le régime du droit commun des obligations. De plus, il serait totalement aberrant de vouloir élargir aux professionnels un texte qui a été conçu exclusivement sous l'angle de la protection des consommateurs.»

Exposé des motifs

Les relations entre professionnels sont d'un tout autre type que celles entre professionnels et consommateurs: les parties sont sur un pied d'égalité et le droit commun des obligations doit être d'application.

Le fait que l'un ou l'autre État membre déroge à cette règle ne justifie pas une extension à l'ensemble de la Communauté européenne.

Même dans l'hypothèse où une réglementation serait envisagée, elle n'a aucunement sa place dans la directive visée; a fortiori s'il était envisagé d'inclure dans le champ d'application les clauses individuellement négociées.

Résultat du vote

Voix pour: 48; voix contre: 51; abstentions: 4.

Paragraphe 3.6 à 3.6.2

Remplacer par le texte ci-après:

«Dans le même contexte, l'opportunité de maintenir l'exclusion des clauses individuellement négociées est à l'ordre du jour.

À cet égard, il faut constater que la directive s'applique à des contrats portant sur tous les produits et services, en ce compris ceux qui ne sont pas produits "en masse".

Dans ce dernier cas, tenant compte de la manière dont le marché en cause est organisé, le consommateur peut négocier lui-même des clauses, ou même faire accepter par le vendeur ses propres clauses. Il importe que ces clauses restent exclues du champ d'application de la directive. Élargir l'application à toutes clauses sans distinction peut mener à la situation paradoxale où le consommateur, constatant que le contrat qu'il a lui-même proposé permet des interprétations différentes, peut faire valoir celle qui lui est la plus favorable, alors qu'il est lui-même à l'origine de la clause.»

Résultat du vote

Voix pour: 63; voix contre: 66; abstentions: 2.

Paragraphe 4.2 à 4.3

Supprimer.

Exposé des motifs

La bonne foi constitue un principe essentiel et bien connu du droit des obligations des États membres, et également de celui basé sur la Common Law. Cette notion n'appelle pas de traitement particulier dans le cadre de la directive visée. Dans le paragraphe 4.3, il est d'ailleurs fait référence aux difficultés techniques et juridiques sous-jacentes, raison pour laquelle aussi la Commission ne prend pas position sur la question.

Résultat du vote

Voix pour: 52; voix contre: 70; abstentions: 7.

Paragraphe 4.4

Supprimer.

Exposé des motifs

L'expérience nord-américaine dans l'élaboration des «Lois cadres» ou «Lois uniformes» n'est pas transposable comme telle dans l'Union européenne. En effet, contrairement à l'Union européenne, les États-Unis connaissent des concepts de droit qui sont uniformes.

De plus, une approche sectorielle risque de créer dans certains secteurs davantage de confusion que de clarté chez le consommateur.

Résultat du vote

Voix pour: 46; voix contre: 73; abstentions: 6.

Paragraphe 6.4

Supprimer la deuxième phrase.

Exposé des motifs

Il n'y a pas lieu d'inverser la charge de la preuve pour la démonstration du lien de causalité et de l'existence du dommage au profit du consommateur. Ce faisant, la directive irait au-delà du régime de responsabilité mis en place par la directive sur la responsabilité du fait des produits, qui prévoit que la victime doit apporter la preuve du défaut du produit, du dommage et du lien de causalité entre les deux.

Par ailleurs, une telle disposition n'est pas à sa place dans une directive qui ne concerne pas la réparation de dommages.

Résultat du vote

Voix pour: 48; voix contre: 67; abstentions: 8.

Paragraphe 7.1.2.b et 7.1.3.b

Supprimer.

Exposé des motifs

Il y a lieu de s'en tenir à la relativité de la chose jugée, qui constitue un principe essentiel du droit de la plupart des États membres.

Par ailleurs, on ne peut pas inviter la Commission à étudier la question, car elle n'est pas compétente pour intervenir dans le droit judiciaire (voir article 3, B, alinéas 2 et 3 Traité CE).

Résultat du vote

Voix pour: 51; voix contre: 74; abstentions: 6.