

N° 10

SÉNAT

PREMIERE SESSION ORDINAIRE DE 1977-1978

Annexe au procès-verbal de la séance du 13 octobre 1977.

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale (1), **sur le projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs,**

Par M. Jacques THYRAUD,

Sénateur.

1 Cette commission est composée de : MM. Léon Jozeau-Marigné, président ; Marcel Champeix, Baudouin de Hauteclocque, Louis Virapoullé, Marc Jacquet, vice-présidents ; Jacques Pelletier, Charles Ledermann, Pierre Salvi, Charles de Cuttoli, secrétaires ; Armand Bastit Saint-Martin, Roger Boileau, Pierre Carous, Lionel Cherrier, Félix Ciccolini, Etienne Dailly, Georges Dayan, Yves Estève, Henri Fréville, Jean Geoffroy, François Giacobbi, Michel Giraud, Jean-Marie Girault, Léopold Héder, Pierre Jourdan, Jacques Larché, Pierre Marcilhacy, Jean Nayrou, Jean Ooghe, Guy Petit, Hubert Peyou, Paul Pillet, Mlle Irma Rapuzzi, MM. Roger Rorani, Louis-Marcel Rosette, Marcel Rudloff, Pierre Schièle, Elzar Tailhades, Jacques Thyraud, Lionel de Tinguy du Pouët.

Voir les numéros :

Sénat : 306 et 376 (1976-1977).

Consommateurs. — Crimes et délits - Fraudes - Peines - Certificat de qualités - Labels agricoles - Laboratoire d'essais - Publicité.

Mesdames, Messieurs,

Le présent projet de loi, relatif à la protection et à l'information des consommateurs, a pour but de renforcer les droits des consommateurs et, plus généralement, d'améliorer les conditions dans lesquelles ils exercent leur choix ; à ce titre, il représente le dernier volet d'un tryptique comprenant déjà la loi sur le contrôle de la concentration et la répression des pratiques anticoncurrentielles, et le projet de loi relatif à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine des opérations de crédit actuellement examiné par le Parlement.

Animées par le souci de restituer aux consommateurs la place qui leur revient dans une société de consommation, les dispositions proposées vont à la rencontre des aspirations de la vie quotidienne et partant, concernent des domaines aussi variés que la protection de la santé et de la sécurité physique des consommateurs, la lutte contre les fraudes et les tromperies, la qualification des produits ou la répression de la publicité mensongère.

Le droit de la consommation résulte presque exclusivement de la loi du 1^{er} août 1905 relative à la répression des fraudes. Les dispositions de cette loi ont délégué au Gouvernement de larges pouvoirs. A ce propos, la Constitution de 1958 a déterminé avec précision les compétences respectives du règlement et de la loi ; cette répartition s'impose au Gouvernement comme au législateur.

C'est ainsi que dans les matières, qui sont par nature du domaine législatif, comme la liberté des conventions ou la liberté du commerce et de l'industrie, le Parlement n'est pas en droit de déléguer sa compétence. Il peut néanmoins se borner à poser les règles essentielles et laisser au Gouvernement le soin de les compléter par voie réglementaire. C'est dans cet esprit que votre commission a examiné certaines dispositions du projet de loi qui, s'inspirant des mécanismes employés sous la III^e République, sont aujourd'hui contraires à la Constitution.

Le chapitre IV dont l'objectif est de parvenir à l'élimination des clauses abusives, occupe à l'intérieur du projet de loi une place particulière en ce sens qu'il vise à améliorer la protection du consommateur dans les contrats que celui-ci est amené à conclure avec des professionnels.

Le droit des contrats, en effet, a révélé son incapacité d'assurer, de façon satisfaisante, la défense du consommateur contre les clauses abusives, insérées par les professionnels dans les contrats d'adhésion. Certes, la jurisprudence est intervenue pour interpréter certaines dispositions du Code civil dans un sens favorable au contractant réputé le plus faible, de même le législateur a édicté des lois spéciales destinées à réglementer certains contrats comme le contrat d'assurance ou de transport ; mais aucune solution globale n'a pu, jusqu'à présent, être élaborée afin de rétablir l'équilibre contractuel au sein des contrats imposés par les professionnels.

Avec le chapitre IV, le consommateur fait irruption dans le droit civil, et il est permis de se demander si les dispositions proposées ne préparent pas à l'avènement d'un **contrat de consommation** soumis pour partie au Code civil, pour partie à des règles particulières ainsi que cela a été le cas pour le contrat de travail.

I. — L'opportunité d'une réforme : la multiplication des clauses abusives dans les contrats d'adhésion.

Le chapitre IV du projet de loi ne retient pas dans son intitulé le terme de « contrat d'adhésion ». Pourtant il s'agit bien de réglementer les clauses insérées dans les contrats d'adhésion conclus par les consommateurs.

A. — LE DIVORCE ENTRE LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA THÉORIE DU CODE CIVIL

La théorie classique du contrat est dominée par le principe de l'autonomie de la volonté : les parties contractantes fixent leurs droits et obligations **au cours d'une négociation menée sur un pied d'égalité**.

La libre détermination du contenu des contrats justifie les termes de l'article 1134 du Code civil selon lesquels « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette disposition s'impose aux parties comme au juge qui

n'a pas qualité pour modifier le contrat. Un philosophe du XIX^e siècle, Fouillée, constate dans une formule ramassée « qui dit contractuel, dit juste » ; toute intervention du juge ou du législateur ne pourrait que troubler l'équilibre découlant nécessairement de la négociation précontractuelle. C'est ainsi que la théorie des nullités est conçue de façon restrictive ; en particulier, la lésion n'est pas admise comme cause générale de rescission des contrats.

Le schéma traditionnel fondé sur l'égalité juridique et abstraite des parties contractantes devait être remis en cause par la théorie du contrat d'adhésion. Déjà perceptible dans les relations du travail, ce phénomène allait s'étendre à tous les autres secteurs. Les transformations économiques entraînent un déséquilibre de la force contractuelle au détriment de la partie la plus faible qui se voit imposer des conditions préétablies. Le consommateur n'est plus qu'un adhérent ; le voyageur ne peut obtenir des modifications aux conditions de la S. N. C. F., le salarié à celles que prévoit le règlement intérieur de l'entreprise, et l'assuré se trouve dans la même impossibilité à l'égard des clauses de la police d'assurance. Dans le même temps se développent les contrats-types qui sont des contrats d'adhésion établis non plus par des entreprises isolées, mais par des organismes professionnels.

La standardisation et l'uniformisation des documents contractuels correspondent aux structures de notre économie fondée sur la production et la commercialisation de masse :

« L'expansion du capitalisme fait que le contrat d'adhésion, d'instrument d'oppression, devient le lien entre l'entreprise moderne et son client... L'offre se fait par la publicité sur les mass media, la demande s'exprime par le biais du mass-marketing et des sondages. La prérédaction du contenu contractuel est imposée par la standardisation et la multiplication des échanges. Les conditions stéréotypées sont rédigées par une équipe spécialisée qui établit un texte destiné à prévoir toutes les éventualités... Les techniques de conclusion de contrats uniformes et sans débats sont économiquement indispensables sous peine de faire de cette conclusion un processus extrêmement coûteux, lent et complètement inadapté au volume et à la rapidité des opérations commerciales » (Berlioz, *Le Contrat d'adhésion*).

L'entreprise moderne n'est pas en mesure de négocier chaque contrat et le client traite le plus souvent avec un employé de l'entreprise qui n'a pas qualité pour modifier les termes du contrat,

à telle enseigne qu'on a pu comparer les contrats d'adhésion aux « contrats de guichet ». En quelque sorte, le contrat d'adhésion présente les avantages de la « confection par rapport au sur-mesure ».

Le caractère indispensable des contrats d'adhésion ne saurait néanmoins justifier l'insertion de clauses manifestement défavorables aux intérêts des consommateurs. C'est dans cet esprit que la jurisprudence et le législateur sont intervenus pour rétablir un équilibre contractuel qui, en l'absence d'une véritable négociation, ne s'instaurait plus spontanément.

B. — LES LIMITES DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

A plusieurs reprises, le juge a été animé par le souci d'assurer une certaine équivalence des obligations contractuelles. Selon une jurisprudence constante, le contrat d'adhésion doit être interprété dans un sens favorable à l'adhérent, qu'il soit débiteur ou créancier.

Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité, destinées à écarter l'action en garantie des vices cachés, ont été rejetées par la Cour de cassation dans les contrats passés avec les consommateurs, alors qu'elles sont déclarées valides dans les relations entre professionnels. Très souvent, d'ailleurs, le vendeur professionnel présente les clauses limitatives de responsabilité comme une garantie bénévole tout en la limitant dans l'étendue et dans le temps ; or, la garantie des vices cachés est une garantie légale et non une faveur contractuelle.

Certains contrats de vente, notamment dans le secteur des véhicules automobiles, indiquent que les prix portés sur les tarifs ou sur les bons de commande ne sont donnés qu'à titre indicatif, la facturation intervenant suivant le tarif en vigueur au jour de la livraison effective ; en présence de telles clauses, les juges ont considéré que la vente était inexistante, faute d'un accord sur le prix qui, au moment de la conclusion du contrat, doit être déterminé ou du moins déterminable selon des critères objectifs.

Cette jurisprudence a néanmoins trouvé ses limites dans l'article 1134 du Code civil qui interdit aux tribunaux de reviser les conditions du contrat au nom de l'équité. Le juge se trouve à

peu près désarmé face à des contrats que le consommateur a « acceptés » au sens du Code civil, l'adhésion n'étant qu'une forme de consentement.

C. — LES INSUFFISANCES DE LA LÉGISLATION

Contrairement à une opinion communément admise, les contrats nommés comme le contrat de vente ou le contrat de louage de services font l'objet d'une réglementation très détaillée dans le Code civil, mais l'expérience montre que les professionnels écartent dans les contrats d'adhésion ces dispositions qui sont uniquement interprétatives ou supplétives de la volonté des parties.

Pour parer à ce danger, le législateur moderne soumet à une réglementation impérative un certain nombre de contrats parmi lesquels on peut citer le contrat d'assurance ; certaines clauses y sont prohibées, d'autres imposées afin de protéger la qualité de l'adhésion. Parfois même, le législateur instaure au profit du consommateur un délai de réflexion comme dans la vente à domicile. Plus récemment, une proposition de loi déposée par M. Foyer et adoptée par le Parlement a donné pouvoir au magistrat de modifier les clauses pénales lorsqu'elles sont soit manifestement excessives, soit à l'inverse dérisoires.

Toutefois, l'« inflation législative », pour reprendre l'expression du doyen Savatier, masque difficilement les vides législatifs dans la protection du consommateur.

Il convient donc de rechercher un système global et cohérent de nature à empêcher le développement des abus dans les rapports entre professionnels et consommateurs.

II. — Analyse du chapitre IV : la recherche d'une justice contractuelle.

Ce projet de loi qui trouve ses origines dans une résolution adoptée le 16 novembre 1976 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a pour objectif de créer des instruments efficaces, destinés à protéger les consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion.

A. — LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS D'ADHÉSION
EN MATIÈRE DE CONSOMMATION

En le soumettant à un régime particulier, lorsqu'il est conclu entre un consommateur et un professionnel, le présent texte reconnaît la spécificité du contrat d'adhésion : le contrat d'adhésion est un contrat conclu d'après un modèle utilisé habituellement par des professionnels et que le consommateur ne peut en fait négocier.

En revanche, le professionnel ne saurait exercer sans limites le pouvoir inhérent à tout contrat d'adhésion, de déterminer unilatéralement les clauses du contrat. C'est dans cet esprit que le projet de loi prohibe les clauses abusives, c'est-à-dire les clauses qui entraînent au détriment du consommateur un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties.

Innovation essentielle du projet de loi, cette dérogation au principe de l'autonomie de la volonté se justifie pleinement à propos des contrats d'adhésion ; on ne saurait défendre la liberté des conventions dans une catégorie de contrats où l'une des parties a le pouvoir d'imposer ses conditions à l'autre. « Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, arrête l'abus de droit, il défend au fond l'idée de force contractuelle et il peut se flatter de parachever l'œuvre du Code civil » (G. Ripert, *Le Régime démocratique et le Droit civil moderne*, 1935).

L'introduction en droit positif des contrats d'adhésion doit avoir pour contrepartie le contrôle d'un certain équilibre des prestations convenues.

B. — LES MÉTHODES DE CONTRÔLE

Le projet de loi écarte implicitement deux systèmes de contrôle :

— les contrats-types : à quoi servirait en effet de réglementer par voie législative chaque type de contrat, chaque genre d'opération au point que la conclusion de tout contrat nécessiterait la consultation de textes spéciaux ? Ce serait enfermer notre système de production ou de commercialisation dans un carcan bureaucratique ;

— les conventions collectives de consommation : la transposition de cette technique de droit du travail dans le droit de la consommation est quelque peu prématurée.

Le projet de loi se contente de réglementer négativement les contrats individuels ; il s'agit uniquement d'éliminer les clauses abusives insérées par les professionnels. Trois procédures distinctes ont été prévues à cet effet :

- le contrôle judiciaire ;
- les recommandations de la commission des clauses abusives ;
- l'interdiction des clauses abusives par voie réglementaire.

1. — *Le contrôle judiciaire de l'abus.*

En lui permettant de corriger les abus commis par les professionnels, le projet de loi reconnaît aux tribunaux un pouvoir exorbitant fondé sur la notion d'**équité**. Le juge appréciera souverainement les éléments du contrat, sous réserve d'énoncer en quoi la clause entraîne un déséquilibre manifeste des droits et obligations au détriment du consommateur, faute de quoi sa décision manquerait de base légale et de ce chef appellerait la censure de la Cour de cassation. Afin d'éviter que l'interventionnisme judiciaire ne conduise à l'insécurité juridique, il convient de donner tout son sens à la notion de déséquilibre manifeste, le législateur n'ayant pour intention que de sanctionner les excès.

2. — *Les recommandations de la Commission des clauses abusives.*

Le projet de loi institue auprès du Ministre chargé de la Consommation une Commission des Clauses abusives, composée de membres indépendants, magistrats et fonctionnaires, et surtout de représentants des parties intéressées, consommateurs et professionnels.

Cette commission a pour fonction d'examiner les modèles proposés par les professionnels afin de recommander à ceux-ci la suppression des clauses abusives qui y figurent.

A l'évidence, la composition de cet organisme est de nature à favoriser une concertation entre consommateurs et professionnels. Quand bien même ce mécanisme ne serait pas prévu, l'intérêt des professionnels sera de soumettre à la commission les projets de modèles avant même qu'ils ne servent de référence à des contrats

conclus avec des consommateurs. A la limite, les parties intéressées tireront profit de l'esprit de concertation pour rédiger en commun les modèles de contrats.

Dépourvues de tout caractère juridictionnel, ces recommandations ont néanmoins une valeur indicative et surtout dissuasive ; la publication de la recommandation est susceptible de déclencher la procédure d'interdiction par voie réglementaire.

3. — *L'interdiction des clauses abusives par voie de décret.*

Des décrets en Conseil d'Etat peuvent rendre obligatoires les recommandations de la commission, dans les hypothèses où celles-ci n'auraient pas l'effet dissuasif escompté.

La violation du décret est sanctionnée de peines prononcées par le tribunal de police.

Sur le plan civil, la publication du décret aura pour conséquence l'annulation de la clause interdite. Les éléments constitutifs de l'abus ayant été définis par le décret, le juge civil n'a aucun pouvoir d'appréciation et se borne à constater la nullité de la clause. Par l'effet du décret, la clause abusive devient une **clause illicite**.

L'annulation d'une clause par voie réglementaire est une innovation dont les dangers doivent être soulignés :

— le décret en Conseil d'Etat peut intervenir à un moment où la clause litigieuse est examinée par le juge à l'occasion d'un procès civil opposant un consommateur à un professionnel. Les dispositions du décret étant applicables à l'instance en cours, le juge devra s'incliner et statuer dans le sens de l'annulation ;

— il n'est pas indifférent de rappeler que le principe de la liberté des conventions ressortit à la compétence du Parlement qui a seul qualité pour invalider les clauses insérées dans les contrats de droit privé. La procédure administrative mise en place doit s'analyser comme une **délégation législative** au profit de la commission. C'est ainsi que le décret pris sur la base des recommandations de la commission pourra compléter les dispositions législatives afférentes aux contrats nommés ; pour le même type de contrat, certaines clauses seront prohibées par la loi, d'autres par les décrets en Conseil d'Etat.

Il en est de même pour le chapitre premier du projet de loi qui s'en remet exclusivement au pouvoir réglementaire pour interdire la production ou la commercialisation des produits qui présentent un danger pour la santé ou la sécurité des consommateurs.

Si l'on considère la répartition des compétences qui a été fixée par l'article 34 et l'article 37 de la Constitution, cette délégation doit être analysée comme une violation de la Constitution.

L'interdiction de certains produits, comme l'annulation des clauses abusives, ne peut résulter que d'un principe posé par la loi et non d'un décret.

Sans remettre en cause l'économie générale du projet de loi, il a paru nécessaire à votre commission de préciser la portée de certaines dispositions. Tel est l'objet des amendements qu'elle vous propose d'adopter.

EXAMEN DES ARTICLES

CHAPITRE PREMIER

Art. 1^{er} à 4.

Comme l'indique l'exposé des motifs, ces dispositions ont pour objet d'organiser de façon générale la possibilité pour les Pouvoirs publics d'intervenir dès lors qu'un produit quelconque destiné au consommateur peut présenter un danger pour sa santé ou sa sécurité :

— l'article premier permet de réglementer par décret en Conseil d'Etat les conditions de fabrication ou de commercialisation des produits ;

— l'article 2 prévoit une procédure d'urgence en cas de danger grave et immédiat pour la santé ou la sécurité des consommateurs ; le Ministre intéressé pourra prendre toute mesure comme la suspension de la fabrication, de la commercialisation ou de la distribution.

Manifestement, ce système s'inspire du mécanisme constitutionnel mis en place par la loi du 1^{er} août 1905 relative à la répression des fraudes.

En particulier, l'article 11 de ce texte dispose :

« Il sera statué par des règlements d'administration publique sur les mesures à prendre pour assurer l'exécution de la présente loi, notamment en ce qui concerne :

« 1° La vente, la mise en vente, l'exposition et la détention de toutes marchandises qui donneront lieu à l'application de la présente loi ;... »

Cette procédure de délégation qui était admise sous la III^e République ne peut plus l'être aujourd'hui eu égard aux règles de compétences fixant les pouvoirs respectifs du législateur et du Gouvernement et qui sont inscrites dans la Constitution, notamment dans son article 34. Aux termes de cet article, certaines matières, comme la liberté du commerce et de l'industrie ou la

liberté des conventions, sont réservées au législateur et, dans ce domaine, la délégation ne saurait être permise, sous réserve de la procédure particulière prévue à l'article 38 de la Constitution.

Dans le domaine législatif par nature, le Parlement peut néanmoins se limiter à poser les règles essentielles et laisser au Gouvernement le soin de les compléter par la voie réglementaire.

Dans sa rédaction actuelle, le texte du chapitre premier viole les principes de droit constitutionnel tels qu'ils ont été consacrés par la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel. En effet, les articles 1^{er} et 2 du projet permettent à des décrets en Conseil d'Etat ou à des arrêtés ministériels de réglementer des matières qui appartiennent au domaine de la loi ; la preuve en est que l'article 4 prévoit que le champ d'application du chapitre premier ne s'étend pas aux objets, produits ou appareils qui ont déjà fait l'objet de dispositions législatives.

Pour toutes ces raisons, votre commission a adopté un amendement général visant à concilier les impératifs du droit de la consommation et les principes fondamentaux de notre droit constitutionnel.

Dans cet esprit, il est proposé de fusionner les articles 1^{er} et 2. A l'article premier ainsi constitué, votre commission a posé le principe de l'interdiction des produits ou objets qui présentent un danger pour la santé ou la sécurité des consommateurs : « Sont interdits, dans les conditions fixées au présent chapitre, les produits, objets ou appareils destinés aux consommateurs, qui présentent un danger pour la santé ou la sécurité de ceux-ci ».

Mais, comme le législateur ne peut intervenir dans tous les domaines et de façon détaillée, l'article premier confie à des décrets en Conseil d'Etat ou à des arrêtés ministériels le soin d'exécuter la règle posée par le Parlement :

Des décrets en Conseil d'Etat fixent les catégories de produits, objets ou appareils entrant dans le champ d'application du présent article et, pour chacune de ces catégories, les conditions dans lesquelles la fabrication, l'importation, l'offre, la vente, la distribution à titre gratuit, la détention, l'étiquetage ou les modes d'utilisation sont interdits ou réglementés. Les mesures ainsi décidées doivent être proportionnées au danger présenté et ne peuvent avoir pour objet que de prévenir ou de faire cesser le danger dans des conditions normales d'utilisation.

« En cas de danger grave et immédiat et sans qu'il soit besoin de recourir à aucune consultation, le Gouvernement peut, pour une durée maximum d'un an, prononcer les interdictions ou réglementations appropriées. »

En quelque sorte, ces deux alinéas ne constituent que l'application du principe posé à l'alinéa premier, ce qui justifie d'ailleurs l'insertion de l'article 2 dans les dispositions de l'article premier.

Ainsi se trouvent respectées les règles de compétences fixées par la Constitution.

D'autre part, votre commission vous propose de supprimer l'article 4. Cette disposition est dépourvue de toute utilité car ces décrets ou arrêtés sont pris en application d'une interdiction posée par le législateur et, en tant que tels, ne peuvent aller à l'encontre de dispositions législatives particulières. Au surplus, il convient de rappeler la règle « *speciala generalibus derogant* ».

CHAPITRE IV

Art. 28.

Une observation liminaire s'impose : bien que l'ensemble du texte ait pour objet le contrat d'adhésion, il n'est fait aucune référence à cette notion, à telle enseigne que l'intitulé du chapitre ne parle que de « certains contrats ». Il est vrai que la théorie du contrat d'adhésion n'a pas recueilli l'unanimité de la doctrine, certains auteurs ayant même considéré que le contrat d'adhésion était en fait un acte unilatéral. Mais la « difficile parole » de la doctrine ne doit pas empêcher le législateur d'utiliser cette expression inventée au début du siècle par Saleilles, quitte à en définir les caractères essentiels. C'est pourquoi votre commission, dans un amendement qu'elle vous propose d'adopter, a estimé préférable de modifier l'intitulé du chapitre pour mentionner expressément la notion de « **contrat d'adhésion en matière de consommation** ».

L'article 28 comporte trois aspects :

- il délimite le champ d'application du chapitre en définissant le contrat d'adhésion ;
- il détermine le critère de la clause abusive ;
- il précise la première sanction de l'abus : l'annulation de la clause abusive par le juge civil.

Votre commission approuve les principes directeurs de cet article ; mais, dans un **amendement général**, elle vous propose d'en modifier la rédaction afin de préciser la portée de l'annulation de la clause par le juge ainsi que la notion de contrat d'adhésion.

**A. — Le champ d'application du chapitre IV :
les « contrats d'adhésion en matière de consommation ».**

Dans la rédaction du projet de loi, le contrat d'adhésion est défini comme un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, sur un modèle habituellement proposé par ce dernier et que le consommateur ne peut en fait modifier.

Le principe d'une définition a été approuvé par votre commission dans la mesure où elle conditionne l'application du chapitre relatif aux clauses abusives ; il paraît néanmoins opportun d'en préciser les termes :

— le contrat d'adhésion est un contrat conclu d'après un modèle utilisé par les professionnels d'une manière habituelle.

Comme l'indique M. Berlioz dans son ouvrage (*Le Contrat d'adhésion*, p. 27), le contrat d'adhésion est un « contrat dont le contenu contractuel a été fixé totalement ou partiellement de façon abstraite et générale avant la période contractuelle ». Il s'agira la plupart du temps de contrats types facultatifs, rédigés par l'entreprise elle-même ou par des organismes professionnels. Pour les baux de locaux d'habitation, les modèles sont constitués par des formules qui se trouvent dans le commerce ;

— le contrat d'adhésion est un contrat que le consommateur ne peut en fait modifier.

Cette proposition ne rend compte que partiellement de la théorie de contrat d'adhésion et risque de provoquer des difficultés d'interprétation. Le professionnel serait toujours en mesure de démontrer que le consommateur a pu en fait modifier certaines clauses. Dans ces conditions, il est préférable d'énoncer que le contrat d'adhésion est une **convention conclue sans négociation préalable**. Cette définition présente le premier avantage de se prononcer sur la nature juridique du contrat d'adhésion qui doit être analysé comme une convention et non comme un acte unilatéral. Surtout, cette formulation consacre la distinction désormais clas-

sique entre le contrat par adhésion et le contrat par négociation : elle implique d'autre part l'impossibilité de modifier tout ou partie des stipulations. Telle est d'ailleurs la conception retenue par M. Berlioz :

« Acte créateur d'une norme bilatérale, le contrat d'adhésion est donc bien un contrat. Mais c'est un contrat qui se caractérise par l'absence de débat préalable » (*Le Contrat d'adhésion*, p. 173).

Pour ce qui est de la qualité des parties, le projet de loi exige que le contrat soit conclu entre un professionnel et un consommateur. La notion de professionnel ne peut être aisément cernée ; à partir de quel moment un propriétaire d'appartements qui les met en location peut-il être considéré comme un professionnel ? Dans sa rédaction actuelle, le texte opère une discrimination entre les consommateurs selon qu'ils ont traité ou non avec les professionnels alors même que le document contractuel, le modèle est identique, ce qui est le cas pour les baux des locaux d'habitation. Aussi bien, il suffit d'indiquer que le contrat doit être conclu par un consommateur qui a été défini par la résolution du Conseil de l'Europe comme « un particulier qui, pour ses besoins personnels devient partie à un contrat relatif à la fourniture de bien ou de service ». Cette disposition permet d'exclure les contrats conclus entre deux commerçants pour les besoins de leur commerce et les contrats administratifs qui, par essence, sont dérogatoires au droit commun. Par contre, le présent texte doit s'appliquer aux contrats nommés qui ont fait l'objet d'une réglementation à moins que les clauses litigieuses aient été déclarées licites par la loi.

En ce qui concerne l'objet du contrat, le chapitre IV vise les meubles et les immeubles. L'article 28 prend même le soin de préciser que le chapitre IV est applicable « quelle que soit la nature du bien ou du service » ; cette précision dont l'utilité pourrait être contestée, s'explique par le fait que les articles 28 à 34 sont les seuls à concerner les biens immobiliers.

Animée par le souci d'éviter toute interprétation restrictive du texte par la doctrine ou la jurisprudence, votre commission a estimé opportun de prévoir que les dispositions du chapitre IV sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. L'amendement cite ensuite quelques documents contractuels sur lesquels peuvent figurer les clauses opposables au consommateur ; ainsi le consommateur qui glisse un ticket de métro dans un

appareil conclut un contrat d'adhésion dans lequel sont insérées les dispositions du règlement affiché sur les quais. Cette énumération n'est pas limitative et peut, de ce fait, susciter la critique ; votre commission a néanmoins estimé que cette énumération avait sa place dans un texte qui est destiné au grand public.

B. — La clause abusive.

La théorie de l'abus est d'application générale en droit français ; aucun sujet de droit ne saurait user d'un droit dans un autre but que celui pour lequel il a été créé. Ce projet de loi reconnaît implicitement la possibilité, pour le professionnel, de dicter ses conditions au consommateur, mais dans le même temps il est faite interdiction au professionnel de détourner ce pouvoir afin de fausser le jeu de la concurrence au détriment des consommateurs ; en quelque sorte le présent texte consacre l'existence d'un recours pour excès de puissance économique.

L'article 28 tente de définir l'abus : est abusive la clause qui entraîne au détriment du consommateur un **déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties**. Cette rédaction s'éloigne quelque peu de la résolution du Conseil de l'Europe qui, beaucoup plus extensive, n'exige qu'un simple déséquilibre des prestations.

La notion de déséquilibre manifeste risque de susciter des divergences d'interprétation jusqu'à ce qu'une jurisprudence soit élaborée. Toutefois, cette notion n'est pas sans rappeler la terminologie utilisée lors de la réforme de la clause pénale ; l'article 1152 du Code civil dispose, en effet, que le juge peut modérer ou augmenter la peine convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Enfin dans un **amendement** d'ordre rédactionnel, qui concerne l'ensemble du chapitre, votre commission vous propose d'adopter un amendement visant à utiliser le terme de stipulation conjointement à la notion de clause. Le terme stipulation qui peut être défini comme un ensemble de clauses présente l'intérêt d'envisager le contrat dans son équilibre général.

**C. — La sanction de l'abus :
l'annulation de la clause par le juge civil.**

L'article 28 frappe de nullité absolue la clause ou la stipulation abusive et indique *in fine* que le professionnel ne peut demander l'annulation du contrat.

Cette précision a pour but d'écarter la théorie de la clause impulsive et déterminante. A ce propos, la jurisprudence décide que la nullité du contrat tout entier doit être prononcée si la clause constitue un élément déterminant de l'accord des parties. En l'occurrence, le professionnel aurait pu démontrer qu'en l'absence de la clause abusive, il n'aurait pas conclu le contrat. Le consommateur, pour sa part, n'aurait pas été en droit d'invoquer l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », car cette maxime empêche seulement l'action en répétition des prestations fournies et non l'action en nullité.

Tout en approuvant l'interdiction faite au professionnel de poursuivre l'annulation du contrat tout entier au motif qu'il est l'auteur de l'abus, votre commission vous propose, dans son amendement, de modifier les termes dans lesquels la sanction a été prévue.

En effet, lorsqu'il veut empêcher un contractant d'invoquer la théorie de la clause impulsive et déterminante, le législateur édicte une nullité partielle en disposant que la clause est réputée non écrite. Dans ce cas, la clause est présumée de façon irréfutable n'avoir jamais été stipulée si bien qu'elle ne peut servir de fondement à l'action en nullité du professionnel. Ainsi le décret du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile a réputé non écrites les clauses qui, directement ou indirectement, dérogent aux règles de compétence territoriale.

D'un autre côté, l'intention du Gouvernement semble avoir été d'accorder au consommateur la faculté de demander l'annulation du contrat. Votre commission a repoussé cette idée qui aboutit, en fait, à conférer au consommateur un droit de rétractation pour l'ensemble des contrats. A vrai dire, la solution proposée favorise sans conteste les intérêts du consommateur : « L'annulation

de la clause seule apparaît souvent comme le moyen le plus propre pour décourager les parties de l'insérer dans le contrat. Celui des contractants qui tient à l'insertion de la clause court le risque de voir l'autre demander à la fois l'exécution du contrat et la nullité de la clause. » (C. M. Planiol, *Traité du Droit civil*, par G. Ripert et J. Boulanger, Tr. 1957, p. 281, n° 809.)

La nullité partielle, si elle n'entraîne pas la destruction du contrat tout entier, emporte néanmoins une transformation de sa substance : le contrat se trouve rééquilibré au profit du consommateur.

On pourrait objecter à cette proposition que l'annulation de la clause seule va créer un vide de nature à empêcher l'exécution du contrat. En fait, la destruction d'une clause entraîne dans la majorité des situations l'application d'un régime légal. Comme cela a été déjà souligné, l'expérience montre que les clauses d'adhésion insérées par les professionnels sont toujours destinées à écarter les dispositions légales interprétatives ou supplétives de la volonté ; l'annulation de la clause seule a dès lors pour effet de replacer les parties contractantes sous l'empire du droit commun. Si d'ailleurs la clause était à ce point essentielle pour l'exécution du contrat, les parties pourraient se mettre d'accord pour substituer une clause valable à la clause abusive.

La nullité de l'article 28 est une nullité absolue en ce sens qu'elle pourra être invoquée par tout intéressé. C'est une nullité d'ordre public qui pourra être soulevée d'office par le juge. C'est enfin une nullité de plein droit ; la clause est réputée non écrite, la présomption légale ainsi édictée s'impose au juge qui ne fera que constater la nullité.

Art. 29.

Cet article institue auprès du Ministre chargé de la Consommation une Commission des Clauses abusives et en détermine la composition.

Elle comprend douze membres :

— un magistrat ou ancien magistrat de l'ordre judiciaire président ;

— deux magistrats ou anciens magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire ou membres ou anciens membres du Conseil d'Etat ;

— trois représentants de l'administration ou membres choisis par elle pour leur compétence en matière économique ou juridique ;

— trois représentants des consommateurs ;

— trois représentants des professionnels.

Apparemment, cette commission a un caractère quadripartite ; en fait, elle constitue la structure d'une concertation qui devrait se développer entre consommateurs et professionnels sous l'arbitrage des fonctionnaires et des magistrats.

Art. 30.

Cet article définit le rôle de la Commission des Clauses abusives : elle recherche si les clauses ou stipulations figurant habituellement dans les contrats sont de nature à entraîner un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties au détriment des consommateurs.

L'expression « projet de contrat » utilisée au premier alinéa de cet article est source d'ambiguïté. En effet, le texte ne précise pas si les projets de contrat sont constitués par des avant-contrats ou par de simples formules n'ayant aucune force obligatoire. C'est pourquoi votre commission a adopté un **amendement** tendant à supprimer la notion de projet de contrat.

Si les clauses ou les stipulations lui paraissent de nature à entraîner un déséquilibre manifeste des droits et obligations au détriment des consommateurs, la commission en recommande la suppression. Par essence ces décisions n'ont aucune valeur impérative, même si le juge judiciaire peut en tenir compte dans la décision qu'il est amené à prendre sur le fondement de l'article 28.

Il n'en reste pas moins vrai que ces décisions emportent deux effets juridiques importants :

— le décret de l'article 32 ne peut prohiber que des clauses dont la suppression a été recommandée par la commission ;

— le décret de l'article 32 rétroagit au jour de la publication de la recommandation.

Art. 31.

Cet article précise les règles de quorum et de majorité. Il subordonne ainsi la validité des délibérations à la présence ou à la représentation des deux tiers de ses membres ; il est prévu ensuite que les décisions doivent être prises à la majorité simple des membres, la voix du président étant prépondérante en cas de partage.

À l'évidence, cette disposition ressortit au domaine du pouvoir réglementaire ; c'est à un décret qu'il appartient de fixer les conditions de fonctionnement de cette commission qui est, par essence, un organisme administratif.

En vous proposant dans un amendement de disjoindre l'article 31 du projet, votre commission confirme sa volonté de limiter avec rigueur le domaine de la loi et celui du règlement, serait-ce au bénéfice du pouvoir réglementaire.

Art. 32.

Cet article permet au pouvoir réglementaire d'interdire les clauses ou les stipulations dont la suppression a été recommandée par la commission.

Votre commission a estimé nécessaire de préciser le champ d'application du décret en Conseil d'Etat ; celui-ci doit viser les contrats conclus effectivement par le consommateur, à l'exclusion des simples projets de contrats. Comme la violation du décret est sanctionnée par des peines de police, cet **amendement** se justifie par la volonté de respecter le principe de droit pénal selon lequel la tentative n'est pas punissable en matière contraventionnelle.

Le deuxième alinéa de cet article détermine les effets civils de l'interdiction des clauses abusives par voie réglementaire : la clause litigieuse est nulle de nullité absolue.

Là encore, votre commission a estimé ces dispositions contraires à la Constitution et, en particulier, à l'article 34. La liberté des conventions étant du domaine de la loi, le législateur ne saurait déléguer sa compétence si ce n'est en utilisant la procédure spéciale prévue à l'article 38 de la Constitution. En l'occurrence, le législateur n'a pas le droit de laisser à un décret en Conseil d'Etat le soin d'invalider les clauses figurant dans les contrats conclus entre particuliers.

C'est dans cet esprit que votre commission a adopté un amendement visant à énoncer que le décret a pour seule conséquence d'interdire l'insertion des clauses abusives dans les contrats d'adhésion. Quant à la nullité de la clause, elle sera prononcée non par application d'un décret mais sur le fondement de la loi, à savoir de l'article 28 du présent texte qui autorise le juge civil à prononcer l'annulation des clauses entraînant, au détriment du consommateur, un déséquilibre manifeste des droits et obligations. Ainsi se trouvent préservées les attributions du législateur, sans que cette solution n'altère, sur le plan pratique, l'efficacité du système proposé, dans la mesure où le juge judiciaire prononcera, dans la plupart des cas, l'annulation de la clause interdite par décret.

En outre, le projet de loi précise que le décret ne peut entrer en vigueur que trois mois après sa publication mais s'applique aux contrats conclus après la publication de la recommandation.

Le système proposé renferme une contradiction : il retarde l'entrée en vigueur du décret pour en faire rétroagir les effets au jour de la publication de la recommandation. Il est préférable alors d'indiquer que le décret s'appliquera aux seuls contrats conclus trois mois après sa publication, les professionnels mettant à profit le délai prévu pour modifier les modèles qu'ils proposent à leurs clients.

Art. 33.

Cet article précise que les infractions au décret pris en vertu de l'article 32 sont frappées de peines de police. En ce cas, le juge devra prononcer autant de peines que de contraventions commises ; la règle du cumul des peines qui, en matière contraventionnelle est d'application générale, constitue une sanction efficace du décret en raison du nombre important de contrats d'adhésion qu'une entreprise est amenée à conclure avec ses clients.

Mais l'innovation de cet article est d'autoriser le juge de police à constater la nullité de la clause abusive. Si aucune disposition particulière n'était prévue, le consommateur serait dans l'obligation de s'adresser au juge civil, solution qui aurait pour conséquence d'augmenter les frais de justice. Toutefois, l'annulation du contrat tout entier ressortit à la compétence exclusive du juge civil qui pourra apprécier la demande du consommateur. Pour les motifs qui ont été développés lors du commentaire du précédent article, le tribunal de police ne saurait constater la nullité de la clause sur

le fondement du décret pris en Conseil d'Etat. Aussi, votre commission a-t-elle estimé préférable d'indiquer que le tribunal de police **peut constater** la nullité de la clause.

En application de l'article 46 de la loi n° 73-1193 d'orientation du commerce et de l'artisanat, les associations de défense des consommateurs peuvent éventuellement exercer l'action civile devant le tribunal de police afin de demander réparation du préjudice qui a été causé par le ou les professionnels à l'intérêt collectif des consommateurs.

Art. 34.

Cet article énumère les agents habilités à constater les infractions aux décrets interdisant l'insertion des clauses abusives dans les contrats d'adhésion en matière de consommation. Il s'agit bien entendu des officiers et agents de police judiciaire, mais aussi des agents du Service de la répression des fraudes, du Service des instruments de mesure et de la Direction générale de la concurrence et des prix qui se voient attribuer ainsi des fonctions de police judiciaire.

Art. 36.

Cet article complète le paragraphe 2 de l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 par un nouvel alinéa prévoyant que l'amende infligée en cas de publicité mensongère pourra être proportionnelle aux dépenses engagées pour la campagne, à concurrence de 50 % du total.

Il n'est pas indifférent de rappeler que la loi du 27 décembre 1973 avait déjà aggravé la répression de la publicité mensongère en élargissant le champ d'application de cette notion et en complétant les sanctions répressives par une procédure dissuasive.

A ces deux innovations importantes, le Gouvernement vient de proposer aujourd'hui d'aggraver les sanctions applicables ; manifestement, le taux de 50 % est trop élevé et risque d'entraîner la ruine des entreprises. Il paraît préférable de fixer **le taux de 30 %**.

Cet amendement fournit l'occasion de modifier la rédaction de cet article. En effet, selon le Code pénal, la qualification des infractions s'effectue en fonction du montant de la peine. Il ne faudrait donc pas que le maximum résultant du calcul du pourcen-

tage soit inférieur à l'amende normalement applicable aux délits. C'est pourquoi il est préférable de laisser une alternative au juge en indiquant que le taux maximum de l'amende est celui fixé par l'article premier de la loi de 1905 et qu'il peut être porté à 30 % des dépenses de la publicité constituant le délit.

La formulation proposée se rapproche de la rédaction de plusieurs articles du Code pénal. Ainsi, l'article 460 du Code pénal relatif au recel dispose que l'amende pourra même être élevée au-delà de 36 000 F, jusqu'à la moitié de la valeur des objets recelés.

AMENDEMENTS PRESENTES PAR LA COMMISSION

CHAPITRE PREMIER

Mesures relatives à la santé et à la sécurité des consommateurs.

Amendement : Rédiger comme suit les dispositions du chapitre premier du projet de loi :

Article premier.

Sont interdits dans les conditions fixées au présent chapitre les produits, objets ou appareils destinés aux consommateurs qui présentent un danger pour la santé ou la sécurité de ceux-ci.

Des décrets en Conseil d'Etat fixent les catégories de produits, objets ou appareils entrant dans le champ d'application du présent article et, pour chacune de ces catégories, les conditions dans lesquelles la fabrication, l'importation, l'offre, la vente, la distribution à titre gratuit, la détention, l'étiquetage ou les modes d'utilisation sont interdits ou réglementés. Les mesures ainsi décidées doivent être proportionnées au danger présenté et ne peuvent avoir pour objet que de prévenir ou de faire cesser le danger dans des conditions normales d'utilisation.

Ces décrets sont pris après consultation d'organismes scientifiques ou techniques dont la liste est fixée par décret.

En cas de danger grave et immédiat et sans qu'il soit besoin de recourir à aucune consultation, le Gouvernement peut, pour une durée maximum de un an, prononcer les interdictions ou réglementations appropriées.

Art. 2.

Les dispositions de l'article premier sont applicables aux prestations de services.

CHAPITRE IV

Amendement : Rédiger comme suit l'intitulé du chapitre IV du projet de loi :

« Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion en matière de consommation. »

Art. 28.

Amendement : Rédiger comme suit l'article 28 :

Le contrat d'adhésion en matière de consommation, quelle que soit la nature du bien ou du service qui en est l'objet, est une convention conclue par le consommateur sans négociation préalable de l'ensemble de ses clauses ou stipulations, d'après un ou plusieurs modèles utilisés par des professionnels d'une manière habituelle.

Sont abusives toutes clauses ou stipulations qui, dans un contrat d'adhésion en matière de consommation, entraînent au détriment du consommateur un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties. Elles sont réputées non écrites.

Ces dispositions sont applicables aux contrats d'adhésion en matière de consommation quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets, contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

Art. 30.

Amendement : Rédiger comme suit le premier alinéa de cet article :

La commission des clauses abusives recherche si les clauses ou les stipulations figurant habituellement dans les contrats d'adhésion en matière de consommation sont de nature à entraîner... (*le reste sans changement*).

Amendement : Rédiger comme suit le deuxième alinéa de cet article :

Elle recommande la suppression des clauses ou des stipulations déclarées abusives ainsi que de toutes celles qui, formulées différemment, pourraient avoir un effet similaire.

Amendement : Rédiger comme suit la première phrase du troisième alinéa de cet article :

Les décisions de la commission sont publiées.

Art. 31.

Amendement : Supprimer cet article.

Art. 32.

Amendement : Rédiger comme suit cet article :

L'insertion dans les contrats de clauses ou stipulations estimées abusives par la commission peut être interdite par décret en Conseil d'Etat.

Ce décret ne peut entrer en vigueur que trois mois au moins après sa publication.

Art. 33.

Amendement : Rédiger comme suit cet article :

En cas de condamnation pour contravention aux dispositions réglementaires prises en application du présent chapitre, le tribunal de police peut constater la nullité de la clause ou stipulation interdite ; il ordonne aux frais du condamné l'affichage ou la publication du jugement selon les modalités qu'il fixe.

Art. 36.

Amendement : Rédiger comme suit le deuxième alinéa de cet article :

Le maximum de l'amende prévu à l'article premier de la loi du 1^{er} août 1905 peut être porté à 30 % des dépenses de la publicité constituant le délit.