C.C.A. 2**5**

COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES

AVIS SUR LA RÉGLEMENTATION DES CLAUSES ABUSIVES DANS L'AVANT-PROJET DE LOI RELATIVE À CERTAINES PRATIQUES DU MARCHÉ

Bruxelles, le 19 novembre 2008

Par lettre du 13 septembre 2008, la Commission des clauses abusives a été saisie par la Commission 'Pratiques du commerce' du Conseil de la consommation, d'une demande d'organiser une réunion conjointe en vue d'aboutir à un avis relatif aux modifications proposées, pour la section 'clauses abusives', dans un avant-projet (ci-après dénommé « avant- projet ») de loi relative à certaines pratiques du marché rédigé par Monsieur De Bauw.

Un document de travail a été rédigé par les experts de la Commission des clauses abusives en vue de la préparation de cet avis. Outre les modifications proposées en matière de clauses abusives (Partie II), les discussions ont également porté sur des sujets qui sont étroitement liés à la réglementation des clauses abusives (Partie I).

Ces remarques d'ordre général devraient être reprises dans l'avis général du Conseil de la consommation. Elles apparaissent aussi brièvement dans la première partie de l'avis. La troisième remarque présente un intérêt essentiel pour la réglementation des clauses abusives : l'obligation d'information et l'obligation de rédiger les clauses de manière claire et compréhensible sont indissociablement liées à la réglementation visée.
Dans une seconde partie, ce sont les modifications à la section 'clauses abusives' qui sont discutées.

Outre la réunion conjointe avec le Conseil de la consommation du 4 septembre 2008, au cours de laquelle une présentation du document de travail a été faite et des accords concrets ont eu lieu avec le Conseil de la consommation, la Commission des clauses abusives s'est réunie les 17 septembre et 19 novembre 2008 avec à l'ordre du jour les modifications proposées à l'avant-projet 'section clauses abusives'.

Les remarques de la Commission des clauses abusives avaient pour base la révision par la Commission européenne de l'acquis communautaire en matière de consommation. En date du 8 octobre 2008, une proposition de directive relative aux droits des consommateurs[1] a été déposée par la Commission européenne. L'avis provisoire de la Commission des clauses abusives a donc du être revu afin de tenir compte de cette proposition de directive de la Commission européenne. Une concertation à ce sujet a paru nécessaire et une réunion supplémentaire s'est tenue à cet effet, le 19 novembre 2008.

La proposition de directive 'Droits des consommateurs' de la Commission résulte d'une consultation de toutes les parties intéressées suite au Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs.
La Directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, dont la section relatives aux clauses abusives est une transposition, fait également partie de cette révision de l'acquis en matière de consommation. Cette proposition tend à harmoniser complètement, dans le domaine concerné, les droits contractuels des consommateurs, provenant de quatre directives existantes[2].

L'avis ne porte que sur les propositions telles qu'elles figurent dans l'avant-projet. D'autres modifications qui résulteraient des expériences de la Commission ne sont pas abordées.
Etant donné que ceci paraît toutefois souhaitable, la Commission formule une proposition de texte concernant la modification unilatérale des prix et conditions[3] . Une proposition est également faite pour ce qui concerne la notion de 'non contraignant' des clauses abusives[4].

---

[1] Eur; Comm., COM (2008) 614/3, 8 octobre 2008, "Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs »/ « Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights ».
[2] Directive 85/577/CEE concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, Directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Directive 97/7/CEE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, et Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.
[3] Voir plus loin : Partie II, section II, sous le point c), p. 13 de l'avis
[4] Voir plus loin: Partie II, section IV Conséquences du caractère abusif (p. 18 de l'avis).

La Commission prend pour point de départ, dans son avis, la proposition de directive, dont il faut tenir compte autant que possible, excepté si les dispositions proposées ne sont pas opérationnelles selon la Commission des clauses abusives. Dans ce contexte, on pense notamment aux clauses considérées comme abusives en matière de modification du prix, dans lesquelles il n'est fait aucune distinction pour l'hypothèse de contrats à durée déterminée et celle de contrats à durée indéterminée.[5]

La Commission insiste sur le fait qu'il s'agit d'une première proposition de directive de la Commission européenne qui pourra être sujette à modifications. Cet avis ne porte pas préjudice aux positions défendues par les représentants des organisations de consommateurs, les représentants de la production, la distribution, et les classes moyennes concernant par exemple la limitation aux clauses non négociées.

[5] Cf. infra, Partie II, section II, point 2), p. 12-15.

Partie I. Remarques générales

1. Le *champ d'application personnel* de la loi (art. 31, 2° LPCC, art. 3, 1° Avant-projet)

La Commission des clauses abusives a signalé que, dans le cadre de la révision en cours par la Commission européenne de l'acquis communautaire en matière de consommation, il y a un large consensus pour insérer un volet général comportant des définitions uniformes. Ainsi le terme « vendeur » est remplacé par le terme « professionnel ».'. , L'accent est donc mis sur le caractère professionnel d'une activité.

Dans la proposition de directive 'Protection des consommateurs', il y a en effet une définition générale pour le terme 'professionnel' (art. 2, (2) de la proposition) et pour le terme 'consommateur' (art. 2, (1) de la proposition). Dans la définition de 'professionnel', l'activité à caractère professionnel est en effet déterminante.

2. L'*obligation générale d'information sur les caractéristiques du produit/service* (art. 30 LPCC)

La Commission a fait remarquer que l'obligation générale d'information est un point essentiel dans le droit du marché et le droit du consommateur. L'obligation d'information a joué un rôle de plus en plus central dans le droit commun des obligations.

Il y a deux raisons de conserver l'obligation générale d'information et notamment dans la réglementation des clauses abusives. Le premier motif est que cette réglementation figure dans la LPCC et non dans le Code civil. Cette situation particulière a pour conséquence que certaines choses doivent être répétées pour toute sécurité. Le second motif est que la disposition de l'article 30 de la LPCC précise le devoir d'information. L'information sur les conditions générales des contrats en relève également ainsi qu'il sera exposé plus loin.

L'article 5 de la proposition de directive 'Droits des consommateurs' énonce une obligation d'information générale sur les caractéristiques des contrats (de vente ou de services) entre professionnels et consommateurs, et sur les modalités considérées comme essentielles (entre autres, le paiement, la livraison, le traitement des réclamations, le service après -vente, la durée du contrat, la durée minimale des obligations du consommateur, les garanties financières, etc.) .

Cette obligation d'information active, qui a trait dans la proposition de directive à des éléments précis, est fondée sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. L'information qui par exemple apparaît de manière suffisamment claire selon le 'contexte' (par exemple la publicité), ne doit pas être communiquée à nouveau. Une disposition complémentaire au sens de l'article 30, dans laquelle il est tenu compte des circonstances de la formation du contrat, demeure donc indiquée.

3. Devoir d'information sur les conditions contractuelles et exigence de transparence *dans* la réglementation sur les clauses abusives (art. 30 LPCC, art. 44 et art. 74-80 Avant-projet)

a) devoir d'information sur les conditions contractuelles

L'article 30 actuel de la LPCC concerne l'obligation d'information sur les 'caractéristiques' du produit ou du service, mais également l'obligation du vendeur de donner au consommateur les renseignements corrects et utiles sur les conditions contractuelles.

Si un vendeur veut se prévaloir de certaines clauses contractuelles –en particulier des conditions contractuelles qui ont des répercussions importantes telles les clauses d'exonération, ou telles des

clauses auxquelles on ne s'attend raisonnablement pas- il doit alors démontrer que le consommateur en a été raisonnablement informé.

Dans le chapitre V de la proposition de directive, qui traite des 'droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles' (art. 30-39), il est expressément prévu au point 2 de l'article 31 (exigence de transparence des conditions contractuelles) que les clauses ou conditions doivent être mises à la disposition du consommateur de manière à lui donner effectivement la possibilité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat, en tenant compte de la technique de communication utilisée.

Dans l'article 32.2. de la proposition de directive (principes généraux), il est expressément prévu que pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause, il faut tenir compte de la manière dont le contrat a été rédigé par le 'professionnel' ainsi que de la manière dont le contrat a été transmis au consommateur au regard de l'article 31.

La Commission recommande pour cette raison que l'obligation d'information sur les clauses ou sur les conditions contractuelles soit reprise expressément dans l'avant- projet, et qu'il soit expressément prévu que pour l'appréciation du caractère abusif, il soit tenu compte de la façon dont les conditions contractuelles ont été communiquées.

b) obligation de transparence

L'obligation de transparence qui est insérée, suite à la directive clauses abusives, dans la loi sur les pratiques du commerce et dans la section clauses abusives, se retrouve à l'article 44 de l'avant- projet. Il s'agit là des dispositions générales du chapitre 'Des contrats avec les consommateurs'. C'est à juste titre que l'exigence de clarté et de compréhension des clauses a une portée générale dans les contrats entre professionnels et consommateurs. Il est également correct que cette même portée résulte de la règle qui impose l'interprétation la plus favorable au consommateur en cas de doute sur la portée d'une clause (sauf en cas d'action en cessation).

La menace existe alors de perdre de vue que l'exigence de transparence joue également un rôle spécifique lors du contrôle des clauses conformément à la réglementation des clauses abusives.

L'exigence de transparence et de compréhension des clauses (écrites) est inhérente au contrôle du déséquilibre caractérisé, et elle est un des piliers sur lesquels s'appuie la réglementation de la Directive. Ceci se déduit également expressément du principe de contrôle des clauses portant sur l'objet principal et le caractère adéquat qui sont peu claires (l'actuel article 31, § 3, second alinéa LPCC).

Les experts de la Commission attirent l'attention sur la jurisprudence de la Cour de Justice rendue contre les Pays-Bas[6] qui a obligé ce pays, dans le cadre d'une procédure en manquement concernant la Directive clauses abusives, à reprendre, *dans* la réglementation sur les clauses abusives, cette exigence de transparence. La législation en Allemagne a repris également, suite à cet arrêt, le principe de transparence dans le 'Bundesgesetzbuch' comme critère d'appréciation inhérent dans la réglementation en matière de clauses abusives.
Le § 307 du 'Bundesgesetzbuch' prévoit à présent de manière expresse que :'un avantage abusif *peut* également résulter du fait que la clause n'est pas claire , ni compréhensible'.

En outre, les experts ont fait remarquer que la limitation de l'exigence de transparence aux clauses écrites n'est d'aucune utilité. Les doctrines européenne et belge vont dans le même sens..

[6] ECJ judgment of 10 May 2001, C-144/99- *Commission v Kingdom of the Netherlands* [2001] ECR I-03541.

Il est expressément confirmé dans la proposition de directive, que l'exigence de clarté, de lisibilité et de compréhension fait partie intégrante de la réglementation sur les clauses abusives. L'article 31.1. reprend l'exigence de transparence (sans limitation aux clauses écrites), et l'article 32.2. in fine prévoit expressément que pour l'appréciation du caractère abusif, il faut toujours tenir compte de la rédaction des clauses.

La Commission recommande, pour cette raison, de reprendre à l'article 75, un troisième alinéa dans lequel il est expressément précisé : « Pour l'appréciation du caractère abusif, il est tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension. »

Partie II. Section clauses abusives

I. Champ d'application

1. limité aux clauses non négociées

Alors que la réglementation actuelle de la LPCC est d'application à toutes les clauses (art. 31, § 1er, LPCC), l'avant-projet limite l'application aux **clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle** (art. 74 Avant- projet).

Ceci est conforme au champ d'application de la Directive 93/13 (art. 3). Dans la réglementation pour les professions libérales, le choix s'est également porté sur ce champ d'application (Loi du 2 août 2002, voir CCA Avis n° 20 du 5 mai 2006). Tout comme dans la réglementation professions libérales, les clauses de la « liste noire » sont abusives, même si elles résulteraient d'une négociation (art. 76 Avant- projet).
Dans l'exposé des motifs de l'avant- projet (Exposé des motifs, page 71, art. 74-80 et art. 74) il est expliqué que l'avant-projet se rapproche davantage du texte de la directive, quant à une série de points.

Le fait de ne pas reprendre cette limitation n'a toutefois posé aucun problème, et il a été reçu positivement dans la doctrine car de cette manière, on évite de nombreux problèmes d'interprétation inutiles.

La Directive est en effet limitée aux clauses non négociées. Il faut aussi tenir compte de la révision en cours du droit de la consommation européen.

Malgré les réactions au *Livre vert,* et bien que la plupart des Etats membres furent partisans d'un élargissement de la Directive aux clauses négociées individuellement tandis que des organisations de consommateurs et des organisations professionnelles étaient dans leurs réponses radicalement opposées les unes aux autres , le choix s'est porté dans la proposition de directive de la Commission pour une reprise de la limitation aux clauses non négociées, telle que formulée dans la version originaire de la directive.

La limitation aux clauses non négociées correspond donc à la proposition actuelle de directive 'Droits des consommateurs' et doit donc être ralliée dans l'état actuel des choses (documents de politique européenne). Il faut toutefois tenir compte de la formulation dans la proposition de directive.

2. norme générale prévue dans une seule direction (au désavantage du consommateur)

Pour ce qui concerne l'application, l'article 74, § 1er, de l'avant-projet précise encore expressément qu'il s'agit de clauses qui comportent une rupture d'équilibre au désavantage du consommateur. Ceci n'est pas prévu dans la réglementation actuelle (bien que la réglementation fut reprise dans le chapitre sur la vente de produits et de services *au consommateur* (Chapitre V LPCC)

Il est également précisé dans la proposition de directive, à l'instar de la Directive 1993/13/CEE, que seules sont visées les clauses et les conditions qui rompent l'équilibre au désavantage du consommateur.

La Commission n'a pas d'autre remarque à cet égard.

3. contrats et promesses unilatérales

L'exposé des motifs explique que les règles en matière de clauses abusives valent « que le consommateur soit tenu ou non à une contreprestation. Ainsi, elles s'appliquent par exemple aux règlements de concours auxquels on peut participer gratuitement. » (p.73)

La Commission fait remarquer que la réglementation des clauses abusives concerne des contrats. Elle ne concerne donc pas des promesses unilatérales (hors contrat)[7]. Les experts de la Commission font remarquer que les promesses unilatérales sont évitées autant que possible dans la pratique. Les parties tentent souvent d'obtenir l'acceptation de l'autre partie à ces promesses unilatérales si bien qu'un contrat se forme, même si c'est un contrat unilatéral.

4. la liste noire n'est pas d'application uniforme à tous les contrats

Une des modifications les plus importantes proposées par la Commission à la directive clauses abusive, dans la proposition de directive 'droits des consommateurs', a trait à l'ajout d'une liste 'noire' et d'une liste 'grise'. La liste noire contient des clauses qui doivent être considérées comme abusives en toutes circonstances, la liste grise contient des clauses qui sont présumées être abusives sauf preuve contraire par le professionnel.

Au cas où cette directive aboutirait pour ce point, alors les mêmes listes devront être d'application dans tous les Etats membres, et une mise au point de la réglementation belge actuelle par rapport à la 'liste indicative' actuelle ne sera pas suffisante.

Dans le projet de loi, on vise l'adaptation de quelques clauses interdites de l'article 32 à la liste indicative dans la Directive 1993/13/CEE. Indépendamment des remarques de fond relatives à ces adaptations, qui seront abordées plus loi, on peut renvoyer à ce qui suit, concernant le champ d'application :

a) Comparaison de l'avant- projet avec la Directive 1993/13/CEE

La réglementation de la Directive est d'application à tous les contrats. Certaines dispositions de l'annexe à la Directive ne sont pas d'application à tous les types de contrats.
Néanmoins, les propositions de modification de certaines dispositions de la liste noire (dans l'avant-projet) ne sont pas d'application uniforme à tous les contrats.

Ceci résulte de l'utilisation des termes produit, bien, et service. On en trouve les définitions dans l'article 3, 3°-5° de l'avant-projet.
« Produits » comprend biens et services, en ce compris les biens immeubles, les droits et les obligations.
Par « Biens », on entend les seuls biens meubles corporels.
Les « Services » sont les prestations effectuées dans le cadre d'une activité professionnelle.

On remarquera que cette terminologie complique la lecture, en comparaison avec la Directive 93/13. Dans la littérature, il est généralement argumenté que la Directive est d'application à tous les contrats. On s'en réfère pour cela aux considérants de la Directive dans lesquels il est question de « biens et services », en néerlandais « goederen en diensten »[8]. Les termes « bien » ou « goed » comprennent, autant l'un que l'autre, les biens corporels et incorporels, meubles et immeubles.

[7] Voir à ce sujet Caroline CAUFFMAN, De *verbindende eenzijdige belofte,* Anvers, Intersentia, 2005 ; voir aussi : C.CAUFFMAN, Een Sinterklaasgeschenk.., note sous Anvers, 6 décembre 1999, TBBR 2000, 536.
[8] Voir H. SCHULTE-NOLTKE, *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis,* updated Febr.2008, http://www.eu-consumer-law.org/casedetails1_fr.cfm p 381-382

La comparaison entre l'avant-projet et la Directive offre les comparaisons suivantes.

DIRECTIVE	AVANT PROJET
Goederen en diensten/biens et services	Producten/produits
Producten/produits	Goederen/biens
Diensten/services	Diensten/services

L'attention peut être attirée sur l'utilisation simultanée d'une part du mot 'produits' et d'autre part, des mots 'biens et services'.

Une liste de dispositions de la liste noire dans laquelle une précision est faite selon qu'il s'agit de produit, de bien ou de service figure ci-après :

- **art. 76, 2°** (comparer 32, 2°, LPCC). Cette disposition contient une version révisée de la réglementation précédente. L'ancienne réglementation ne contenait aucune limitation pour ce qui concernait le champ d'application et elle était donc d'application aux biens immobiliers.
Dans la nouvelle réglementation, il est abusif de prévoir que le prix des produits est fixé au moment de la fourniture. Cette disposition est d'application aux 'produits', elle est donc générale.
L'interdiction qui suit concerne les contrats de fournitures successives ou continues. Elle est d'application aux biens et services.
Au point 1 de l'annexe à la Directive, il s'agit, pour ce qui concerne cette dernière interdiction, du vendeur de biens et du prestataire de services. Dans le système de la Directive, cette disposition n'est donc pas aussi limitée que dans l'avant-projet. 'Biens' au sens de la Directive est donc plus large que 'biens' au sens de l'avant-projet.

L'article 76, 2°, limite en outre la réglementation des augmentations de prix aux contrats de fournitures successives. Cette limitation n'est pas faite dans la Directive.

Dans cette optique, la Commission recommande de rendre l'article 76,2° applicable, dans sa globalité, à ce qui est appelé 'produits' dans l'avant-projet. Elle propose en outre d'abandonner les mots 'dans les contrats de fournitures successives'.

- **art. 76, 3°** (art. 32, 3° LPCC). La disposition concerne la clause qui donne droit au vendeur de modifier les caractéristiques du 'bien' à livrer. Dans l'article 32, 3°, il s'agit de 'produit'. 'Biens' concerne les seuls biens meubles corporels. L'application est donc limitée ici. Cette version du texte ne correspond pas à la version en français. Il y est question de 'produit' et non de 'bien'.
Au point k de l'annexe à la Directive, il est question de 'le produit à livrer ou le service à prester'. Dans le système de la Directive, cette disposition n'est donc pas d'application aux biens immeubles et incorporels. Elle est par contre bien d'application aux services.

Dans cette optique, la Commission recommande de rendre applicable, par un texte uniforme en français et en néerlandais, la disposition de l'article 76, 3° à ce qui est appelé 'biens ou services' dans l'avant-projet.

- **art. 76, 7°** (art. 32, 7° LPCC). Cette disposition est expressément limitée à l' 'obligation de garantie contractuelle'. Dans l'exposé des motifs (p.73), il est dit à ce sujet que la (nouvelle) obligation *légale* de garantie et de livraison est réglée à l'article 76, 12° (voir art. 32, 12° LPCC). De toute évidence, si on part du principe qu'il s'agit de contrats de vente au sens du Code civil, l'application de la disposition de l'article 76, 7° est limitée aux biens. Cette version ne correspond pas à la version en français du texte. Là n'apparaît pas la limitation de la garantie contractuelle, mais il est question de 'son obligation de garantie'.
L'asymétrie entre la loi belge et la Directive, et –ensuite- cette 'adaptation' de la loi belge font naître la question de savoir s'il est bien satisfait au point b de l'annexe à la Directive 93/13. Il y est en effet considéré comme abusif *en soi* : 'd'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du

consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque de ses obligations contractuelles,…».
Cette disposition était répartie dans la LPCC entre différentes dispositions en fonction des hypothèses de défaillance contractuelle. Suite à la limitation de l'article 76, 7° une réglementation des services, des biens immeubles et incorporels semble épuisée.

Dans cette optique, la Commission recommande de reprendre à l'article 76, 7° la disposition du point b de l'annexe à la Directive clauses abusives.

- art. 76, 13° (art. 32, 13. LPCC). Contrairement aux dispositions précédentes (art. 76, 7° et 76, 12° avant-projet), les clauses traitant d'un délai déraisonnablement court pour communiquer des défauts sont réglées pour 'le bien livré ou le service presté'. Ceci ne correspond pas à ce qui précède, car on s'attendrait à ce que la disposition se limite aux biens.
Cependant, la disposition est à présent limitée aux biens et services alors que l'article 32, 13. mentionnait 'signaler des vices au vendeur' et était donc en principe applicable à tous les contrats.

Dans cette optique, la Commission recommande de reprendre, dans l'article 76, 13°, la disposition de l'article 32.13. LPCC.

- art. 76, 17° (art. 32, 17. LPCC). La prolongation de n'importe quel contrat, d'un délai déraisonnable, et la prolongation automatique de contrats à durée déterminée (…) était réglée à l'article 32, 17. LPCC. Cette disposition est, dans l'avant –projet, traitée en deux points. L'article 76, 18° concerne la prolongation automatique d'un contrat en l'absence d'une notification contraire par le consommateur alors que cette notification doit être faite bien avant la fin de ce contrat. Ceci était également réglé de la sorte dans l'article 32, 17. LPCC.
La prolongation du contrat pour une durée déraisonnable est à présent limitée dans l'article 76, 17° au contrat à durée déterminée de livraison successive de biens. Dans l'exposé des motifs, on renvoie à la disposition particulière pour les services que l'on retrouve à l'article 84 de l'avant- projet. Cette disposition reprend l'article 39 bis LPCC. Pour les biens immeubles, les droits et les obligations, il n'y a donc plus de réglementation équivalente dans l'avant- projet.

Dans cette optique, la Commission recommande de reprendre dans l'article 76, 17° la disposition de l'article 32, 17. LPCC. Cette disposition implique un fonctionnement complémentaire, pour ce qui concerne les services, de l'article 84 de l'avant-projet.

b) Comparaison de l'avant- projet avec la proposition de directive 'Droits des consommateurs'

Comme il a déjà été mentionné, le projet de directive 'Droits des consommateurs' veut réaliser une harmonisation complète des quatre directives qui font l'objet d'une révision, parmi lesquelles la directive 'clauses abusives'.
En raison de l' harmonisation complète, les listes noire et grise devraient être reprises de façon intégrale par les Etats membres.

Une modification ou un complément à ces listes ne pourrait être effectuée que par la Commission, assistée par un Comité sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (composée des représentants des Etats membres et présidée par le représentant de la Commission – article 40 de la proposition de directive).

Dans les dispositions proposées dans la liste noire et dans la liste grise de la directive, le mot 'contrat' est autant que possible utilisé, en lieu et place des mots 'biens et services' créant la confusion dans la Directive 1993/13/CEE.

La Commission recommande par conséquent d'utiliser autant que possible, au lieu des notions de 'produits, biens, services', le mot contrats (entre professionnel et consommateur).

5. « Clauses et conditions » au lieu de 'dispositions et conditions'

A l'article 76 le mot '*dispositions* et conditions' a vraisemblablement été utilisé en lieu et place de 'clauses et conditions', alors qu'ailleurs dans la section, le mot 'disposition' a été utilisé.

Le terme 'Clauses' est normalement utilisé pour la détermination de leurs droits et obligations par les parties privées à un contrat.

II. Modifications dans la liste noire

Ci-après, un aperçu est donné des modifications dans la liste noire, pour autant qu'elles ne soient pas déjà mentionnées dans le texte ci-avant qui traite du champ d'application.

1) 76, 1° Formation du contrat sous condition potestative pour le vendeur

Cet article modifie de façon restreinte l'actuel article 32.1. LPCC. Tandis qu'il est question à présent de « un engagement immédiat et définitif », on parle dans l'avant-projet d'un « engagement irrévocable ».

Le texte du point c de l'annexe à la Directive actuelle revient à la même chose. Une différence subtile avec l'ancienne disposition existe, la suivante : dans la nouvelle disposition, un engagement qui serait irrévocable non pas directement mais à un certain moment, tomberait également sous le coup de cette réglementation. Ceci constituerait une 'extension' du champ d'application.

Cette formulation correspond également à l'article b), deuxième partie de phrase de la liste noire proposée dans la directive 'Droits des consommateurs'.

La Commission n'a pas d'autre remarque à cet égard.

2) 76, 2 : Clauses de modifications de prix et modification des conditions contractuelles

a) L'article 76, 2° modifierait de manière considérable, l'actuel article 32.2. concernant les clauses de modification de prix. Non seulement les modifications de prix mais également le droit que se réserve le 'vendeur' de modifier unilatéralement d'autres conditions seraient réglées dans l'article 76, 2°, et à savoir de la même manière.
Moyennant la faculté offerte au consommateur de

a) résilier le contrat sans frais avant que de nouveaux prix ou conditions lui soient d'application, et
b) avec un délai raisonnable pour l'exécution de ce droit

le vendeur pourrait modifier le prix unilatéralement, ou pourrait adapter d'autres conditions de façon unilatérale.
Cet article est d'application aussi bien aux contrats à durée déterminée qu'aux contrats à durée indéterminée.

L'avant-projet est néanmoins plus clair que la LPCC dans la mesure où les exceptions aux adaptations de prix ne sont pas considérées comme des exceptions à un type de clause qui est dans tous les cas illégal, à savoir à une clause qui permettrait à une entreprise de fixer le prix de façon tout-à-fait arbitraire.

b) La réglementation proposée en matière de modification du prix s'écarte du droit commun des obligations en Belgique et de la Directive en vigueur 'clauses abusives'.

La Commission fait tout d'abord remarquer qu'une telle solution s'écarte du droit commun des obligations: le prix doit être déterminé ou déterminable. Un prix est 'déterminable' lorsqu'il est fixé sur base de données qui ne dépendent pas de la seule volonté d'une seule partie. Si tel était le cas, il est alors question de condition potestative (voir l'article 1174 du Code civil et pour les contrats de vente, l'article 1591 du Code civil).

Le principe est néanmoins que l'on ne peut s'immiscer dans le contenu du contrat de manière unilatérale et discrétionnaire. La Commission des clauses abusives a récemment fait remarquer, suite à

une législation récente, que cette disposition légale (s'immiscer unilatéralement moyennant droit de renonciation) ne peut constituer une violation de la réglementation des clauses abusives elle-même[9].
On remarquera que la Directive, telle que citée ci-après, autorise le vendeur à prévoir que le prix des biens soit fixé au moment de la livraison ou que le prix soit augmenté à la condition que le consommateur ne soit pas obligé de rester lié par le contrat. Mais la Directive prévoit ceci uniquement « au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat ». Ce dernier fragment de phrase de l'annexe à la Directive n'est pas repris dans l'avant-projet. Le législateur pouvait laisser tomber cette 'limitation' et offrir une protection plus élevée au consommateur. Il est également important d'observer que la Directive part de l'hypothèse d'un « prix convenu lors de la conclusion du contrat ». Laisser l'intégralité du prix au vendeur est impensable dans le système de la Directive et pour cette raison, ce n'est pas davantage réglementé.

Pour les modifications unilatérales de prix , il faut tenir compte en effet dans l'annexe (laquelle est indicative) à la Directive non seulement de point l, mais aussi du point j de la Directive, et ensuite également de la distinction entre contrats à durée déterminée et durée indéterminée.

L'article 1.j) de l'annexe prévoit l'interdiction des clauses qui ont pour but ou pour effet de 'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat'. Par 'termes', le législateur européen entend vraisemblablement également les 'conditions de modification du prix'. Ceci peut être déduit de ce que l'exception pour les services financiers (point 2.b) de l'annexe) fait exception à l'article 1.j).

En outre, de telles clauses –que ce soit répété- ne peuvent pas contrevenir au principe de base selon lequel on ne peut modifier unilatéralement les termes/conditions d'un contrat à durée déterminée.

Pour ce motif, il est nécessaire de maintenir une interdiction de modifier le prix de manière unilatérale et discrétionnaire.

c) Vérification des clauses de modification de prix au regard de la proposition de directive 'Droits des consommateurs'

Dans la proposition de directive, est considérée comme abusive la clause qui tend à 'autoriser le professionnel à augmenter le prix convenu avec le consommateur lorsque le contrat a été conclu sans que le consommateur n'ait le droit de résilier le contrat' (Annexe III, g))

Cette disposition qui, apparemment, vise toute clause de modification de prix , laisse peu de place à l'interprétation. La relation de cette disposition avec la clause considérée comme abusive dans la disposition n° (k) n'est pas claire. En vertu de cette disposition, sont considérées comme abusives, les clauses qui tendent à 'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les clauses du contrat, y compris les caractéristiques du produit ou du service'.

Dans la Directive existante 1993/13/CEE, on entend par 'termes'[10] également les 'conditions de modification du prix'.[11]

Comme le point (g) vise en général toute modification du prix, cette disposition doit être lue en elle-même, indépendamment de la disposition sous (k). En outre, il n'est fait aucune distinction pour ce qui

[9] Voir CCA 24 juin 2008, 'Avis sur les conditions générales des contrats dans le secteur de la télédistribution', Chapitre 2, section VII (Modifications des conditions, services et prix), p.35-42.
[10] La version anglaise de la Directive traite de 'terms'. Tel est le cas également dans la nouvelle proposition de directive dans laquelle on utilise le mot 'terms'. Dans la version en néerlandais, on traite à présent dans la nouvelle proposition de directive de 'bedingen' (les « clauses »), alors que dans la Directive existante, le mot 'voorwaarden' (« conditions ») est utilisé.
[11] Voir ci-avant, point b)

concerne la modification unilatérale des prix, conditions et des caractéristiques, entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée.

Une telle disposition générale qui, ainsi interprétée, offre toujours au vendeur le droit d'adapter le prix unilatéralement, avec pour seule compensation la faculté pour le consommateur de résilier le contrat, n'est pas praticable selon la Commission.

Pour ces motifs, la Commission propose une autre réglementation qui, basée d'un côté sur la Directive existante 'clauses abusives', et d'un autre côté développe au départ des dispositions actuelles de la LPCC et des principes de base du droit des contrats actuel en Belgique. Une distinction entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée est à cet égard essentielle aux yeux de la Commission[12].

d) Modification des conditions

Outre les augmentations de prix, il y a également réglementation, dans l'article 76, 2°, proposé, de la modification unilatérale des conditions.

La Commission fait tout d'abord remarquer qu'il y a de cette façon double emploi avec l'article 76, 9°, qui règle également la modification unilatérale des conditions.

Non seulement pour les augmentations de prix, mais aussi pour les modifications des conditions, le choix s'est porté, en guise 'd'échappatoire', sur la faculté pour le consommateur de mettre fin au contrat. La CCA a déjà pu remarquer, suite à une législation récente, que cette 'échappatoire' ne peut violer la réglementation sur les clauses abusives elle-même[13]. En cas de modification des conditions qui *rendrait abusive* les clauses , le consommateur doit pouvoir poursuivre le contrat sans qu'il y soit mis fin et sans l'application de ces clauses (devenues) abusives.

Il est renvoyé à nouveau, pour ce qui concerne les modifications des conditions, au point 1.j) de l'annexe à la Directive existante 'clauses abusives' dans laquelle il est prévu que ceci doit se réaliser pour des raisons valables et spécifiées dans le contrat. Dans la proposition de directive 'Droits des consommateurs', comme il a déjà été dit, toute clause offrant au vendeur la faculté de modifier unilatéralement les 'clauses du contrat, y compris les caractéristiques du produit ou du service' est présumée abusive (article (k) de la liste grise en annexe III de la proposition de directive).

Pour les modifications des conditions (et non des caractéristiques) du contrat, il est nécessaire selon la Commission qu'une distinction soit faite entre qu'il s'agit d'une modification des conditions dans les contrats à durée déterminée, ou dans les contrats à durée indéterminée.

Pour les modifications des conditions dans les contrats à durée déterminée, on s'en réfère à l'article 32.9. actuel de la LPCC. Une modification unilatérale des modalités (donc pas les caractéristiques) doit par contre –moyennant un droit de résiliation compensatoire effectif- bien être possible pour les contrats à durée indéterminée.

e) Clauses relatives à la résiliation (ad nutum) des contrats

---

[12] Voir plus loin, point e).

[13] Voir au sujet de la relation entre la LPCC et l'article 108, «§ 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, et l'article 6, § 2, de la loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radio-transmission et de radiodistribution CCA 24, 8 juillet 2008, 'Avis sur les conditions générales dans le secteur de la télédistribution', Chapitre 2, VII. Modification des conditions, services et prix, p. 35-42.

Outre les clauses de modification unilatérale du contenu du contrat (prix, caractéristiques, conditions) il faut aussi tenir compte de la faculté unilatérale de mettre fin au contrat, ainsi que stipulée (mutatis mutandis) à l'article 76, 9°, de l'avant-projet.

Ici également, la distinction entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée est d'un intérêt essentiel selon la Commission, et un traitement différencié est proposé.

Pour ce qui concerne les contrats à durée indéterminée, l'accent est mis sur le principe d'ordre public selon lequel aucune des parties au contrat ne peut 'se lier pour la vie'. Pour chaque contrat à durée indéterminée, il faut prévoir un délai de préavis raisonnable, sauf en cas de motif grave qui justifie un délai de rupture plus court. En outre, pour de telles clauses de résiliation, la réciprocité est aussi exigée. Ceci ne signifie d'ailleurs pas que le défaut de réciprocité dans une telle clause contractuelle aurait comme effet que le contractant serait privé de son droit de résilier le contrat de durée indéterminée concerné dans un délai raisonnable.

L'article 76, Y° [14] réunit les articles (d) et (e) de la proposition de directive 'Droits des consommateurs'.

Pour ce qui concerne l'article 76, Y°, le représentant de la Fédération des Entreprises de Belgique marque son accord avec l'argumentation, et il approuve l'alignement de la proposition de texte sur la proposition de directive. Ce représentant estime toutefois que l'article proposé peut se limiter à ce qui suit :
'autoriser l'entreprise à résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée sans délai de préavis raisonnable sauf en cas de motif grave.'

f) Décision et proposition de la Commission pour ce qui concerne la modification unilatérale et la faculté de résiliation unilatérale

La Commission fait remarquer que la réglementation dans l'article 76, 2°, de l'avant-projet devrait concorder avec différents points de l'annexe à la Directive, à savoir : le point f qui traite de la faculté du vendeur de résilier le contrat tandis que le consommateur n'a pas ce droit –cette disposition n'est pas reprise dans l'article 32 LPCC-, le point j qui traite de la faculté du vendeur de modifier unilatéralement les termes du contrat sans motif valable et spécifié dans le contrat et le point l, déjà cité.

En outre, il y a double emploi avec l'article 76 , 9°.

La Commission recommande de remplacer les dispositions des articles 76, 2° et 76, 9° par les dispositions suivantes.

A. Article 76,2 : « Faire varier le prix sur base d'éléments qui dépendent de la seule volonté de l'entreprise. ».

B. Article 76, W : « Déterminer que le prix sera fixé au moment de la livraison ou accorder à l'entreprise le droit d'augmenter le prix sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de résilier le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat . »

C. Article 76, X : "Sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, autoriser l'entreprise à mettre fin , ou à modifier un contrat à durée déterminée unilatéralement, sans indemnité raisonnable pour le consommateur . »

[14] Voir ci-après, point f).

D. Article 76, Y : « Autoriser l'entreprise à mettre fin unilatéralement à un contrat à durée indéterminée sans un délai de préavis raisonnable sauf en cas de motif grave», et autoriser l'entreprise à mettre fin à un contrat à durée indéterminée alors que ce droit est refusé au consommateur.[15] »

E. Article 76, Z : « Autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement les conditions d'un contrat à durée indéterminée sans permettre au consommateur de mettre fin au contrat avant que les conditions modifiées ne soient d'application et lui laisser un délai raisonnable qui corresponde au moins au délai de résiliation par l'entreprise. »

La remarque suivante peut encore être faite selon laquelle cette proposition ne change rien à la réglementation des exceptions fixées dans le présent article 32, 2° et dans l'article 76, 2° de l'avant-projet. L'indexation du prix et les taux d'intérêt dans le secteur financier ne sont pas des éléments qui dépendent purement de la volonté des entreprises dans ce secteur car elles renvoient, s'ils sont stipulés correctement, à des index et aux conditions du marché.

3) 76, 10° Limitation du recours à la force majeure par le consommateur

L'article 76, 10° propose de remplacer légèrement l'actuel article 32.10 LPCC.
Dans l'ancien texte, il était prévu : « *même* en cas de force majeure, n'autoriser le consommateur à rompre le contrat… ».
Le nouveau texte prévoit : « en cas de force majeure, n'autoriser le consommateur à rompre le contrat que moyennant … ».

La Commission est d'accord que l'étendue de l'ancien texte n'est pas claire et elle est d'accord avec la modification proposée.

4) 76, 11° Clauses d'exonération interdites

L'article 76, 11° ajoute, au regard de l'article existant 32.11. LPCC, l'hypothèse de la force majeure, cas dans lequel la partie qui est tenue à une prestation déterminée est toujours libérée.
La partie de phrase concernée in fine de cet article prévoit : « …*sauf en cas de force majeure*, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat. »

On peut comprendre que pour l'auteur (Exposé des motifs, p. 74) il s'agisse d'un éclaircissement. Dans l'article actuel 32.11. de la LPCC aussi, dans lequel un tel éclaircissement n'apparaît pas, il n'y a pas de doute que cet article ne concerne que des clauses d'exonération et non des clauses de force majeure, et que cette clause n'empêche pas qu'un vendeur ait recours à la force majeure.

Mais cet éclaircissement ne précise pas jusqu'où va la liberté de l'entreprise de préciser contractuellement les circonstances qui constituent cette force majeure[16].

On va notamment aussi devoir faire attention ici à l'équilibre entre une réglementation contractuelle de la force majeure à l'avantage de l'entreprise et une réglementation contractuelle de la force majeure à l'avantage du consommateur. Une telle question est difficile à apprécier, sauf pour des cas 'forts' de stipulation de force majeure (entreprise) ou d'exclusion de cas (consommateur).

Une énumération de cas de force majeure est entrée en ligne de compte plusieurs fois dans les avis de la Commission[17]. La Commission y a décidé à maintes reprises qu'il doit revenir au juge d'apprécier

[15] Voir l'autre proposition de texte du représentant de la FEB (la seule première phrase)
[16] Egalement dans les limites de ce qui, selon la Cour de cassation, *peut constituer* une force majeure (Cass. 9 octobre 1986, *Arr.*165, *Pas.* 153).

si, dans un cas précis, il est question de cas de force majeure et qu'une énumération de cas de force majeure dans le chef du vendeur tendait en majeure partie à limiter indirectement la responsabilité dans certaines hypothèses qui ne répondent pas à la force majeure.

La Commission recommande pour cette raison d'abandonner cet ajout.

5) 76, 15° obligation de réciprocité et d'équivalence des clauses pénales

L'article 76, 15° proposé modifie l'article 32.15. LPCC dans une large mesure.

La Commission reconnaît que l'exigence d'équivalence des clauses pénales est un vrai casse-tête et conduit parfois à des clauses étranges.

Le rédacteur de l'avant-projet a voulu adoucir ce principe et trouver une échappatoire dans la faculté pour les entreprises d'éviter le contrôle d'équivalence en donnant à l'entreprise une satisfaction lorsque les conditions standards prévoient au moins que l'entreprise défaillante sera tenue d'indemniser le dommage au consommateur selon les règles du droit commun. Et en ce qui concerne cet aspect, l'entreprise conserve le droit de stipuler en outre des limitations légales de responsabilité.

Le texte en néerlandais de cet article est difficile à lire. Il aurait été préférable de faire de la phrase intermédiaire, 'sans déroger aux limitations légales', une phrase finale.

La Commission reconnaît que, si le dommage résultant d'un paiement tardif peut encore être chiffré, ceci n'est certainement pas évident de l'autre côté (dommage pour non-exécution de la prestation caractéristique). Ceci peut parfois, comme signalé, aussi conduire à une limitation de responsabilité dans le chef du vendeur ou de l'entreprise.

Le principe de réciprocité et d'équivalence n'est donc pas toujours appliqué de manière utile. D'un autre côté, il ne peut être posé comme règle que le consommateur doive systématiquement donner la preuve de la faute et du dommage du vendeur, face à une application 'automatique' d'une clause pénale pour l'autre partie.

La Commission fait finalement également remarquer que l'exigence de réciprocité et d'équivalence des clauses pénales n'a jamais été spécifiquement réglée dans la réglementation européenne : ni dans la liste indicative de la directive 1993/13/CEE, ni dans la liste noire ou dans la liste grise de la proposition de directive 'Protection des consommateurs', il n'est expressément prévu la réciprocité et l'équivalence pour les clauses pénales. Une telle réciprocité est par contre prévue expressément pour le cas où le vendeur s'octroie la faculté de mettre fin unilatéralement au contrat. Ceci résulte de l'article 1.f), première partie de phrase de l'annexe à la directive 1993/13/CEE, et de l'article 1.d) de la proposition de directive 'Droits des consommateurs'.

Le représentant de la Fédération des entreprises de Belgique ne partage pas intégralement cette observation mais il soutient la proposition qui consiste à supprimer l'exigence de réciprocité et d'équivalence pour les clauses pénales.

Conclusion :

La Commission[18] comprend les motifs qui ont mené à la révision e cette exigence de réciprocité, mais son appréciation est négative au regard de la proposition de modification de l'actuel article 32.15.

---

[17] Voir notamment CCA 19 du 29 mars 2006, 'Avis sur les conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe, rubrique VIII, Clauses d'exonération, p. 22.

[18] Voir les remarques du représentant de la FEB au-dessus de cette décision.

L'ajout dans l'avant-projet crée un nouveau déséquilibre : d'un côté, le consommateur ne pourrait avoir pour seul recours que 'l'indemnité normale' du Code civil, tandis que le vendeur pourrait invoquer automatiquement contractuellement la clause pénale stipulée.

Le législateur belge ne peut légalement prévoir que le fait de respecter le Code civil protège l'entreprise de la réglementation de la Directive qui interdit des clauses déséquilibrées et qui a primauté sur la loi belge.

Plutôt que d'insérer la modification proposée, la Commission plaide pour la suppression de cette disposition, au cas où le législateur belge voudrait revoir le principe de réciprocité et de l'équivalence des clauses abusives.

Dans ce cas, l'exigence de réciprocité pourrait encore s'avérer nécessaire selon la norme générale, vu entre autres les autres clauses du contrat, et la nature des produits ou services objets du contrat.

6) 76, 19° Clauses sur la preuve

L'article 76, 19° remplace l'actuel article 32.18. LPCC.

On ajoute à la disposition sur la limitation des moyens de preuve auxquels le consommateur peut recourir : 'ou lui imposer une charge de la preuve qui normalement incombe à une autre partie au contrat'. Il s'agit manifestement de la charge de la preuve selon le droit des contrats. En procédure judiciaire, le principe 'Actori incumbat probatio' vaut en effet, même si il appartient au juge de décider en l'affaire.

Dans la proposition de directive 'Droits des consommateurs', les clauses qui mettent sur le consommateur la charge de la preuve qui doit normalement peser sur le professionnel au regard du droit applicable, sont d'ailleurs considérées comme constituant des clauses « noires » en vertu du point d) de l'annexe II de la proposition de directive.

La Commission est favorable à l'ajout proposé, pour lequel il a longtemps été plaidé.

III. Conséquence de l'adaptation aux seules 'clauses non négociées'

La limitation de la réglementation aux clauses non-négociées demandera une adaptation.

Il y a notamment la relation entre les clauses non-négociées et les clauses négociées.
Les clauses non négociées peuvent être contrôlées sur base de la réglementation clauses abusives. Tel est également le cas lorsque dans un contrat, certaines clauses ont fait l'objet d'une négociation individuelle et d'autres pas.

L'article 75 de l'avant-projet prévoit, conformément à la Directive, qu'il est tenu compte pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause, de toutes les circonstances (…) de même que de toutes les autres clauses du contrat (…).

Il peut donc en résulter que pour l'appréciation d'une clause non négociée, il est tenu compte d'une clause pour laquelle il y a bien eu négociation.
Il peut aussi en résulter qu'une clause pour laquelle il y a bien eu négociation en l'occurrence, soit lue en liaison avec une clause non négociée et que les deux clauses lues ensemble soient abusives *per se.*

IV. Conséquences du caractère abusif

Les conséquences du caractère abusif ont fait déjà l'objet de beaucoup de discussion.
L'article 77, § 1er de l'avant-projet prévoit, ainsi que l'article 33, § 1er, que les clauses abusives sont « interdites et nulles ».

On peut rappeler le fait que le terme 'interdit' dans l'article 33 signifiait que l'utilisation de ces clauses était 'interdite' tout comme les pratiques commerciales interdites de la loi et qu'elles pouvaient faire l'objet d'une action en cessation. Il peut être déduit de la jurisprudence et de la doctrine en matière de clauses abusives que la nullité relative et la nullité absolue ne sont pas des notions utiles pour ce qui concerne cette réglementation.

1. intervention d'office du juge

Le juge doit pouvoir veiller aux intérêts du consommateur, même si ce dernier ne 'peut' agir (voir la situation dans l'affaire 'Oceano') ou s'il n'invoque pas son intérêt. Il est en outre connu que le juge belge ne peut invoquer d'office des clauses qui ne sont que contraignantes à condition d'autoriser la partie envers laquelle cette disposition jouerait, à exprimer son point de vue.

Il s'est en effet produit à un double égard, un revirement des conceptions sur l'intervention du juge.

- D'un côté, il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice[19] que pour atteindre l'objectif des articles 6.1. et 7.1. de la Directive 'clauses abusives', à savoir l'objectif selon lequel les clauses abusives sont bannies des contrats conclus entre vendeurs et consommateurs, un des moyens nécessaires pour en arriver à ce résultat devrait consister dans une intervention active du juge.

- D'un autre côté, la Cour de cassation a expressément précisé dans un arrêt du 14 avril 2005 que le juge a le *devoir* de porter l'attention d'office sur les moyens de droit dont l'application découle des faits avancés par les parties à l'appui de leurs demandes. Ceci aurait trait à l'entièreté du contentieux civil. Ceci a été confirmé, entre autre par un arrêt du 24 mars2006, qui déclare à cet égard 'Le juge ne méconnaît pas le principe dispositif lorsqu'il supplée d'office aux motifs proposés par les parties en s'appuyant sur des faits régulièrement soumis à son appréciation'.

2. La prescription que les clauses abusives 'ne lient pas'

L'actuel article 33, § 1er de la LPCC ne satisferait pas, entre autres selon la Commission européenne[20], à l'objectif poursuivi avec l'article 6.1. de la Directive clauses abusives.

C'est pour cette raison qu'il est indiqué que le législateur apporte de la clarté:

- que les clauses abusives sont sans effet ;
- si dès lors c'est le droit commun qui a effet ou s'il n'y a aucune réglementation pour ce qui faisait l'objet d'une clause abusive ;
- que le juge, lorsque c'est nécessaire dans l'intérêt du consommateur concerné, peut d'office invoquer les dispositions des clauses abusives, à condition de donner l'occasion à l'autre partie au procès d'exprimer son point de vue.

---

[19] Voir les arrêts Oceano Grupo, Affaires jointes C-240/98 et C-244/98, ECR I-4941 ; Cofidis, 22 novembre 2002, Affaire C-473/00, ECR, I-10875 ; Mostaza Claro, CJ, 26 octobre 2006, C-168/05, notamment *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (Ned)*, 2007, p. 56 et sq, avec note W.H. van Boom.

[20] Voir à ce sujet, S.STIJNS, 'Zijn onrechtmatige bedingen nietig?', dans *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, Die Keure, 2001, (921-946).

La Commission recommande par conséquent de remplacer l'article 77, § 1er , par le texte suivant :

« Une clause abusive au sens des dispositions de cette section ne lie pas le consommateur.

Le contrat demeure contraignant pour les parties s'il peut subsister sans la clause abusive.

Les droits et devoirs du consommateur qui étaient réglés de manière abusive, sont réglés, pour les besoins de la survie du contrat, par le droit commun d'application au contrat.
Lorsque la clause abusive du contrat concerne une clause citée à l'article76, l'entreprise exécute ses obligations conformément à l'alinéa précédent sans mise en demeure de la part du consommateur ; elle n'exerce les droits qu'elle tire de l'application substitutive du droit commun qu'après mise en demeure du consommateur, l'un et l'autre mise à part une réglementation différente sur laquelle il y aurait un accord de l'entreprise et du consommateur à ce moment.

Lorsque c'est nécessaire pour une protection effective des intérêts du consommateur, le juge se prévaut d'office des dispositions de cette section.

Le consommateur ne peut à l'avance renoncer aux droits qui lui sont conférés par la présente section. »

Le représentant de la Fédération des Entreprises de Belgique émet des réserves pour ce qui concerne le présent point IV (Conséquences du caractère abusif). .