

Arrêt *Pereničová*¹ : incidence d'une clause abusive sur la validité du contrat

HERVÉ JACQUEMIN²

I. – Introduction

1. L'arrêt *Pereničová*, rendu par la première chambre de la Cour de justice le 15 mars 2012, répond à deux questions préjudicielles introduites par le tribunal d'arrondissement de Prešov (Slovaquie).

Il trouve son origine dans un litige opposant deux consommateurs, Madame *Pereničová* et Monsieur *Perenič*, à un établissement non bancaire, la société SOS financ spol. s r. o. (ci-après, SOS), qui leur a octroyé, le 12 mars 2008, un crédit à la consommation d'un montant de 4.979 EUR.

La juridiction de renvoi constate plusieurs manquements aux dispositions légales ou réglementaires applicables. Outre une différence entre le TAEG³ mentionné dans le contrat (48,63 %) et le TAEG réel (58,76 %, suivant le calcul du tribunal d'arrondissement, ce qui porte le remboursement total à 11.352 EUR), plusieurs clauses seraient également abusives.

Aussi la juridiction de renvoi s'interroge-t-elle sur la sanction civile susceptible d'être prononcée dans ce cadre, deux options principales étant envisageables : soit l'exécution du contrat de crédit est poursuivie, seules les clauses abusives étant « dénuées de validité » ; soit le contrat dans son ensemble est annulé. À l'analyse, il apparaît que cette dernière solution est nettement plus favorable au consommateur, puisqu'il devra uniquement s'acquitter des intérêts de retard et pas de la totalité des frais du contrat de crédit (tel est d'ailleurs l'objet de la demande formulée par les emprunteurs).

¹ C.J.U.E., 15 mars 2012, C-453/10, *Pereničová et Perenič*, non encore publié au *Rec.*

² Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS), chargé de cours invité à l'UCL et avocat au barreau de Bruxelles. L'auteur peut être contacté à l'adresse herve.jacquemin@fundp.ac.be.

³ Taux annuel effectif global.

2. La juridiction slovaque pose dès lors deux questions préjudicielles à la Cour de justice.

Sa première question vise à établir si, au moment de choisir la mesure sanctionnant une clause abusive (en l'occurrence, décider ou pas d'annuler le contrat dans son ensemble), une juridiction nationale peut se fonder uniquement sur la circonstance que celle-ci est plus favorable au consommateur, sans méconnaître la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁴ (ci-après, la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives), en particulier son article 6 (1) (ci-après, point II).

La seconde question porte sur l'articulation entre la directive 93/13/CEE et la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁵. Lorsqu'une pratique commerciale déloyale peut être constatée, il convient en effet d'établir l'incidence qui en résulte sur l'appréciation du caractère abusif de la clause et sur la validité du contrat dans son ensemble (ci-après, point III).

II. – Le choix de la sanction civile dépend-il uniquement de l'avantage escompté par le consommateur ?

3. Dès lors qu'une clause est jugée abusive, il échet d'établir les conséquences susceptibles d'en résulter, sur le plan civil.

L'article 6 (1) de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dispose que les clauses « ne lient pas » les consommateurs. Cette formule neutre permet aux États

⁴ *J.O.*, n° L 95 du 21 avril 1993. On observe qu'à la différence de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (COM (2008) 614 FINAL), qui abrogeait la directive 93/13/CEE et contenait un chapitre V relatif aux clauses abusives, la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs se borne à introduire un nouvel article 8bis dans la directive 93/13/CEE et, pour le reste, n'apporte aucune autre modification en la matière (directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011). L'annexe I de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (COM (2011) 635 FINAL) contient un chapitre consacré aux clauses contractuelles abusives mais les effets sont similaires à ceux prescrits par la directive 93/13/CEE : la clause abusive ne lie pas l'autre partie et les autres clauses du contrat demeurent contraignantes si le contrat peut être maintenu sans la clause abusive (art. 79).

⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, L 149 du 11 juin 2005.

membres de choisir la sanction la plus appropriée en droit interne⁶ (clause nulle⁷, réputée non écrite⁸, voire dénuée de validité⁹), étant entendu que l'objectif à atteindre est clairement précisé : le consommateur doit à tout le moins être dispensé de tenir compte de la clause et de se conformer à son prescrit.

La sanction peut être plus large et affecter le contrat dans son ensemble. L'article 6 (1) de la directive ajoute en effet que « le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ». *A contrario*, s'il ne peut subsister sans la clause abusive, le contrat pourrait par exemple être annulé.

En l'occurrence, c'est précisément l'incidence de la clause abusive sur le contrat qui est visée par la première question préjudicielle. Dans ce cadre, deux éléments principaux doivent guider l'interprétation : l'objectif de protection du consommateur poursuivi par le législateur en adoptant une telle disposition, d'une part (*infra*, n°4), l'importance attachée à la stabilité des relations contractuelles, avec le maintien du rapport juridique, d'autre part (*infra*, n° 5).

4. La directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, comme les autres instruments de nature consumériste adoptés au niveau européen, vise à protéger le consommateur en raison de la faiblesse dont il est supposé souffrir, dans sa relation avec le professionnel. On considère en effet que son infériorité résulte d'un manque de connaissance des éléments de droit ou de fait du rapport contractuel ou qu'elle tient à la position des parties, l'une pouvant être particulièrement puissante, et l'autre plus vulnérable¹⁰.

⁶ En ce sens, P. NEBBIA, « Unfair contract terms », *European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 225 ; E. SWAENEOEL, S. STIJNS et P. WÉRY, « Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives », *D.C.C.R.*, 2009, p. 187. Pour un aperçu des règles applicables dans les États membres, voy. H. SCHULTE NÖLKE (ed.), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Universität Bielenfeld, 2007, pp. 388 et s.

⁷ Article 75, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010 (ci-après, L.P.M.C.). Pour une analyse de cette disposition, voy. I. FERRANT, *Les pratiques du marché (depuis les lois du 6 avril 2010)*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 122 et s. ; F. DE PATOUL, « Les contrats conclus avec les consommateurs. Le point après la loi du 6 avril 2010 », *Les pratiques du marché : une loi pour le consommateur, le concurrent et le juge*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 63 ; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 423 et s., n°s 537 et s.

⁸ Article L132-1 du Code de la consommation.

⁹ Article 53 (5) du Code civil slovaque.

¹⁰ Sur la faiblesse d'une partie au contrat, voy. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 616-617, n° 2 ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n°s 9 et s. ; E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 93, n° 40 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 51 et s., n°s 21 et s. D'autres causes (et d'autres distinctions) peuvent être imaginées : voy. P.-H. DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous

En matière de clauses abusives, c'est l'un de ces éléments, voire les deux, qui permet(tent) au professionnel d'imposer au consommateur des conditions contractuelles déséquilibrées, au détriment de ce dernier. Compte tenu de son manque de connaissance, le consommateur n'est pas en mesure d'apprécier les conséquences d'une application des clauses qui lui sont imposées. En outre, s'agissant généralement de contrats d'adhésion, dans lesquels sa marge de négociation est très réduite, voire nulle, le consommateur peut difficilement imposer ses propres conditions. Dans l'arrêt *Pereničová*, la Cour rappelle d'ailleurs que la sanction établie à l'article 6 participe du régime de protection établi par la directive et qui est justifié par la position d'infériorité du consommateur. Elle note ainsi qu'« il s'agit d'une disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des contractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers »¹¹.

À l'instar des règles matérielles de protection du consommateur, la sanction susceptible d'être prononcée constitue un élément-clé du dispositif mis en place en vue d'atteindre les objectifs poursuivis. Aussi faut-il veiller à ce qu'elle soit efficace, dissuasive et proportionnée¹².

la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 78-79, n° 10, qui distingue la faiblesse liée à l'ignorance du fait ou du droit, la faiblesse résultant de l'infériorité économique relative d'une partie, la faiblesse procédant de l'incurie, l'insouciance ou la paresse de la partie faible et celle qui découle de la loi elle-même ; J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 168-170, n° 6-9, qui distingue l'inégalité de connaissance, l'inégalité de besoins et l'inégalité économique ou F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 1-4, n° 3, qui distingue la faiblesse résultant de l'âge ou de l'état physique, la faiblesse résultant de son incompétence technique et celle trouvant son origine dans des facteurs économiques et sociaux.

¹¹ Point 28 de l'arrêt. Voy. aussi la jurisprudence de la Cour sur ce point : C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, point 25 « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244-98, *Oceano Grupo*, point 25 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, point 22 ; C.J.C.E., 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, points 29-31 ; C.J.U.E., 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing Zrt.*, points 46-48).

¹² Cette triple exigence figure dans la plupart des directives européennes, à charge pour les États membres d'introduire des sanctions qui y répondent adéquatement. Voy. par ex. l'article 11 de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O. L 271* du 9 octobre 2002 ; l'article 23 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, *J.O. L 133* du 22 mai 2008 ou l'article 51 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/

Tel est le cas lorsque la clause est annulée. Ainsi, une clause des conditions générales qui autoriserait le professionnel à modifier unilatéralement et sans raison valable les caractéristiques du bien livré ne devrait pas lier le consommateur¹³. Si le professionnel lui livre un produit différent de celui qui a été commandé, en arguant de cette clause, le consommateur pourrait invoquer utilement son caractère abusif et mettre en œuvre tout recours utile sur la base du droit commun des contrats (en droit belge, il pourrait par exemple demander l'exécution en nature ou, si ce n'est plus possible, engager la responsabilité contractuelle du professionnel).

Il est plus délicat d'apprécier si le caractère abusif d'une (ou de plusieurs) clause(s) doit conduire à la dissolution du contrat dans son ensemble, avec les conséquences susceptibles d'en résulter (caractère rétroactif de la mesure avec, le cas échéant, retour au *statu quo ante* et restitutions réciproques).

5. Pour ce qui est de l'incidence d'une clause abusive sur le caractère contraignant du contrat, la Cour nous livre ainsi un double enseignement, qui doit être approuvé.

D'abord, la priorité est donnée un maintien du lien contractuel, pour des raisons tirées du texte même de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives¹⁴ mais également eu égard aux exigences relatives à la sécurité juridique des activités économiques. Comme l'avocat général dans ses conclusions¹⁵, la Cour souligne en effet que ces exigences militent en faveur d'une « approche objective lors de l'interprétation de cette disposition de sorte que [...] la situation de l'une des parties au contrat, en l'occurrence le consommateur, ne saurait être considérée comme le critère déterminant réglant le sort du futur du contrat »¹⁶.

Ensuite, le choix de la sanction ne peut être déterminé uniquement par les avantages que l'une des parties espère obtenir de son application et ce, indépendamment de toute autre considération. En l'espèce, la juridiction de renvoi a ainsi relevé que l'annulation du contrat de crédit serait plus avantageuse pour le consommateur que son maintien. Comme l'a décidé la Cour, ce seul élément ne peut toutefois pas être déterminant dans le choix de la sanction¹⁷.

CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, *J.O. L 145* du 30 avril 2004.

¹³ Une telle clause est d'ailleurs reprise dans la liste noire des clauses qui peuvent être déclarées abusives (point k) de l'annexe).

¹⁴ Le libellé de l'article 6 (1) plaide en ce sens : « le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ». Le principe ainsi affirmé est donc le caractère contraignant du contrat.

¹⁵ Points 66-68 des conclusions de l'avocat général.

¹⁶ Point 32 de l'arrêt.

¹⁷ Point 33 de l'arrêt.

Pour décider si l'annulation de la clause doit affecter le contrat dans son ensemble, il faut avoir égard aux fonctions poursuivies par cette sanction du caractère abusif. Compte tenu de la faiblesse du consommateur, la mesure doit prévenir ou réparer le préjudice subi par le consommateur suite à la méconnaissance des règles matérielles¹⁸.

Autrement dit, si tout en poursuivant l'exécution des obligations contractuelles, le préjudice susceptible d'être subi par le consommateur est adéquatement réparé par une annulation de la clause, il ne s'indique pas d'annuler le contrat dans son ensemble. La mesure pourrait d'ailleurs se révéler disproportionnée et être en contradiction avec les intérêts des parties. En outre, lorsque les avantages tirés de l'application de la sanction dépassent manifestement la réparation du préjudice réellement subi par le consommateur, la sanction civile pourrait poursuivre une fonction comminatoire, qui n'est pas acceptée en droit continental. On court aussi le risque de voir l'une des parties l'instrumentaliser à son profit en invoquant abusivement l'application de cette sanction.

Par contre, nous sommes favorables à l'annulation du contrat si cette mesure est nécessaire pour réparer adéquatement le préjudice subi en raison du caractère abusif de la clause. Tel pourrait être le cas lorsque la clause est jugée abusive pour avoir constaté « de manière irréfragable le consentement du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat »¹⁹, et que lesdites clauses portaient sur des éléments substantiels, de nature à déterminer le consentement du consommateur. Dans ce cas, il paraît justifié que le contrat soit annulé. On peut d'ailleurs noter que ce résultat pourrait également être atteint par application de la théorie générale des contrats (en droit belge, on pourrait ainsi invoquer un vice de consentement, erreur ou dol).

6. La Cour admet encore que, dans la mesure où la directive 93/13/CEE est une directive d'harmonisation minimale²⁰, une réglementation nationale pourrait fort bien « déclarer nul dans son ensemble un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur et contenant une ou plusieurs clauses abusives lorsqu'il s'avère que cela assure une meilleure protection du consommateur »²¹.

¹⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 483 et s., n^o 357 et s.

¹⁹ Annexe de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, point i).

²⁰ Article 8 de la directive. Voy. aussi C.J.U.E., 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, points 28-29.

²¹ Point 35 de l'arrêt.

III. – Y a-t-il un effet réflexe de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales sur le caractère abusif d'une clause ?

7. Dans l'affaire soumise à la juridiction de renvoi, la banque avait indiqué dans le contrat de crédit un TAEG inférieur à la réalité. Dans l'hypothèse où il pourrait s'agir d'une pratique commerciale déloyale interdite par la directive 2005/29/CE, il est demandé à la Cour de justice de se prononcer sur l'incidence d'une telle qualification sur le caractère abusif de la clause et ses conséquences quant à la validité du contrat.

8. La directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales s'applique aux *pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs*²². La notion couvre « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »²³. Cette formulation est particulièrement large et de très nombreuses pratiques peuvent être qualifiées de la sorte. En l'occurrence, l'indication d'un TAEG erroné est assurément couverte.

9. Pour déterminer si la pratique commerciale est déloyale et, partant, interdite conformément à l'article 5 de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, il est indiqué de suivre un raisonnement en trois temps, à comprendre comme un test de loyauté en cascade²⁴.

Dans un premier temps, il convient de vérifier si la pratique commerciale figure dans la liste des 31 pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances²⁵. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Aussi faut-il vérifier, dans un deuxième temps, si elle constitue une pratique commerciale trompeuse, par action ou par omission, ou une pratique commerciale agressive²⁶. Dans ces hypothèses, l'acte ne peut être interdit que si les conditions énoncées aux articles 6 à 9 de la directive pour réputer la pratique commerciale trompeuse ou agressive, et donc déloyale, sont réunies (normes semi-générales). L'indication d'un TAEG erroné peut constituer une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article 6 de la directive 2005/29/CE s'il s'agit d'une information fautive susceptible

²² Article 3 (1) de la directive.

²³ Article 2 (d) de la directive.

²⁴ Voy. C. DELFORGE, « Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs », *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 10 et s. Voy. aussi L. DE BROUWER et G. SORREAUX, « La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur : une occasion manquée », *R.D.C.*, 2008, p. 384, n° 46.

²⁵ Article 5 (5) de la directive, qui renvoie à l'annexe I.

²⁶ Article 5 (4) de la directive.

d'induire en erreur le consommateur moyen sur le prix et qu'elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement²⁷ (ces éléments devront être constatés par la juridiction de renvoi).

En dehors des deux hypothèses précitées et dans un troisième temps, la pratique commerciale ne peut être considérée comme étant déloyale, et donc interdite, que si « a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs »²⁸ (norme générale).

10. L'existence d'une pratique commerciale déloyale conduit-elle *automatiquement* à considérer que la clause est abusive ? À cette condition, la Cour de justice répond par la négative²⁹ : elle relève en effet que, suivant l'article 4 de la directive 93/13/CEE, le caractère abusif d'une clause contractuelle doit s'apprécier en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion. L'existence d'une pratique commerciale déloyale constitue une circonstance, parmi d'autres, et à elle seule, elle ne permet pas d'établir automatiquement que la clause litigieuse est abusive.

La Cour refuse donc de consacrer un effet réflexe de la norme de loyauté sur le caractère abusif d'une clause. On notera cependant qu'en pratique, une juridiction devrait rarement être conduite à considérer qu'une clause constitue une pratique commerciale déloyale, par exemple en raison de son caractère trompeur, mais qu'elle ne crée aucun déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur (à supposer qu'elle ne figure pas, par ailleurs, dans la liste des clauses figurant à l'annexe I, et qui peuvent être considérées comme abusives).

Logiquement, la Cour considère également que l'existence d'une pratique commerciale déloyale n'a pas d'incidence directe sur la validité du contrat, conformément à l'article 6 (1) de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives³⁰. Elle se fonde sur l'article 3 (2) de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales qui circonscrit son champ d'application et énonce que « la présente directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats ». En tant que telle, la directive 2005/29/

²⁷ En ce sens, voy. l'arrêt annoté, points 40 et 41.

²⁸ Article 5 (2) de la directive.

²⁹ Voy. les points 42-44 de l'arrêt.

³⁰ Points 45-46 de l'arrêt.

CE n'exige pas d'invalider le contrat en cas de pratique commerciale déloyale³¹ : c'est aux États membres qu'il appartient de prendre des sanctions efficaces, dissuasives et proportionnées (sur ce point, voy. *infra*, n° 13).

11. Relativement à la réponse à la seconde question préjudicielle, cet arrêt de la Cour appelle deux réflexions. On peut d'abord s'étonner que la Cour soit amenée à se prononcer sur un éventuel effet réflexe de la norme de la loyauté à l'égard des consommateurs sur le caractère abusif d'une clause, et pas l'inverse (*infra*, n° 12). Ensuite, il convient de souligner l'importance de prévoir une sanction civile effective en cas de pratique commerciale déloyale à l'égard des consommateurs (*infra*, n° 13).

12. *A priori*, lorsque l'on examine en parallèle l'interdiction des clauses abusives, régie par la directive 93/13/CEE et l'interdiction des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs, consacrée par la directive 2005/29/CE, la première est une variété de la seconde.

En effet, lorsque, dans le cadre d'une convention entre un consommateur et un professionnel, ce dernier établit les clauses qui régiront leur relation contractuelle, il accomplit une pratique commerciale au sens de l'article 2, d), de la directive 2005/29/CE. *Ratione materiae*, les hypothèses qui entrent dans le champ d'application de la directive 93/13/CE sont également couvertes par la directive 2005/29/CE.

Il faudrait ainsi consacrer un effet réflexe du caractère abusif d'une clause sur l'existence d'une pratique commerciale déloyale. En effet, à supposer même que la clause abusive ne constitue pas une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances ou suivant la norme semi-générale, ce qui paraît peu probable, il faudrait à tout le moins considérer qu'il s'agit d'une pratique commerciale déloyale suivant la norme générale de l'article 5 (2) de la directive 2005/29/CE. À notre estime, les deux conditions posées par cette disposition devraient généralement être satisfaites.

Introduire des clauses abusives, en violation de dispositions légales ou impératives déterminées³², constitue nécessairement un acte contraire aux exigences de la diligence professionnelle³³. Des discussions ne pourraient donc survenir qu'eu égard au respect de la seconde condition, sur la question de savoir si la clause abusive altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit. Même sur ce point, on conçoit diffici-

³¹ B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 261, n° 306.

³² En l'occurrence, il s'agit de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives et des lois de transposition adoptées dans les États membres.

³³ La diligence professionnelle est définie à l'article 2, h), de la directive 2005/29/CE comme « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité ».

lement que la juridiction saisie décide qu'une clause est abusive et, par conséquent, ne lie pas le consommateur, tout en estimant par ailleurs qu'elle n'a pas altéré le comportement du consommateur, même potentiellement.

En définitive, il nous aurait *a priori* paru plus logique d'observer, dans le chef de la juridiction de renvoi, un raisonnement inverse, consistant à constater l'existence d'une clause abusive et à interroger la Cour, le cas échéant, sur l'incidence de cette qualification quant à l'existence d'une pratique commerciale déloyale.

13. L'article 13 de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales impose aux États membres de déterminer « le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive, et [de mettre] tout en œuvre pour en assurer l'exécution. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ».

En droit belge, par exemple, l'article 41 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur³⁴ sanctionne l'entreprise qui aurait commis une pratique commerciale déloyale en permettant au consommateur d'obtenir, directement³⁵ ou par jugement³⁶, le remboursement des sommes payées sans restitution du produit livré. Encore faut-il qu'un contrat avec un consommateur ait été conclu à la suite de ces pratiques.

Cette mesure a le mérite d'exister. Cependant, des critiques peuvent lui être adressées : on peut ainsi juger que, dans certaines circonstances, la sanction manque d'efficacité³⁷ ou se révèle excessive³⁸. *De lege ferenda*, en substitution de la sanction prescrite à l'article 41, alinéa 2, la mesure suivante aurait pu être prise : *Le juge peut annuler le contrat ou appliquer toute autre mesure proportionnée permettant d'éviter ou de réparer le préjudice subi par le consommateur suite à l'inobservation des exigences prescrites aux articles ... Ces*

³⁴ Sur cette sanction, voy. H. JACQUEMIN, « Les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs ou des entreprises », *Les pratiques du marché – Un loi pour le consommateur, le concurrent et le juge*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 96, n° 29.

³⁵ Tel est le cas pour six pratiques commerciales trompeuses (art. 91, 12°, 16° et 17°, de la L.P.M.C.) ou agressives (art. 94, 1°, 2° et 8°, de la L.P.M.C.), considérées comme déloyales en toutes circonstances.

³⁶ Pour d'autres pratiques énumérées à l'article 41, alinéa 2, de la L.P.M.C., le consommateur doit s'adresser au juge : sans préjudice des sanctions de droit commun, celui-ci peut « ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré ». Sont concernées les pratiques visées aux articles 84 à 86, 91, 1° à 11°, 13° à 15°, 18° à 23°, et à l'article 94, 3° à 7°, de la L.P.M.C.

³⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, pp. 490 et s., n° 463 et s.

³⁸ On peut se demander si la mesure prescrite à l'article 41 de la L.P.M.C., pour toute sanction civile des pratiques commerciales déloyales, n'est pas excessive, en particulier s'il apparaît que le non-respect de la règle n'a pas porté préjudice aux intérêts du consommateur. Sur les risques d'instrumentalisation de la sanction, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible, op. cit.*, pp. 505 et s., n° 376 et s.

*mesures sont d'application sans préjudice des autres sanctions prescrites par la loi et susceptibles d'être mises en œuvre par le consommateur sans l'intervention des cours et tribunaux*³⁹.

IV. – Conclusion

14. En substance, cet arrêt de la Cour répond à deux questions préjudicielles qui permettent de clarifier certains aspects en lien avec la sanction des clauses abusives et leur incidence sur la validité des contrats.

Elle décide d'abord qu'en principe, pour décider que le contrat dans son ensemble est affecté par l'existence d'une clause abusive, on ne peut se fonder uniquement sur les avantages que le consommateur peut retirer de la mesure. D'autres éléments doivent être pris en considération de sorte qu'un équilibre soit préservé entre l'objectif de protection du consommateur et le maintien de la relation contractuelle, qui satisfait la sécurité juridique des activités économiques.

Ensuite, elle refuse de consacrer un effet réflexe de l'existence d'une pratique commerciale déloyale sur le caractère abusif d'une clause contractuelle. Logiquement, cette absence d'effet réflexe vaut également au moment d'apprécier l'incidence sur le contrat dans son ensemble.

15. L'arrêt commenté met également en lumière la nécessité d'introduire des sanctions efficaces dans les États membres, en cas de clauses abusives, mais également en cas de pratiques commerciales déloyales.

³⁹ Pour un commentaire, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 503-505, n° 375.