

UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR



UFR: Sciences Economiques et Sociales

.....

Département de Droit des Affaires

Spécialité : Droit de L'Entreprise

MEMOIRE DE MASTER

Thème : La Protection du consommateur sénégalais contre les clauses abusives

Présenté par:

Monsieur. Alpha Ibrahima SY

Sous la direction de:

Madame Dielya Yaya WANE, Enseignante- chercheure

Soutenu publiquement le 12 janvier 2017 devant le jury composé :

- **Président : Pr. Jean Louis CORREA, agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université Assane Seck de Ziguinchor.**
- **Membres :**
 - **Dr Dielya Yaya WANE, Enseignante-chercheure (UASZ)**
 - **Dr Abdoulaye DIALLO, Enseignant- chercheur (UASZ)**

«L'Université Assane Seck de Ziguinchor (UASZ) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur. »

REMERCIEMENTS :

Mes remerciements les plus sincères vont à ceux qui m'ont soutenu, dans tous les sens du terme, jusqu'à ce jour :

*À mon encadreur **Madame Dielya Yaya WANE** pour sa disponibilité sans faille, ses conseils précieux et ses encouragements répétés. Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma plus respectueuse reconnaissance.*

*À tout le **corps professoral** de la faculté de droit des affaires de l'université Assane Seck de Ziguinchor pour avoir contribué à ma réussite durant tout mon cursus Universitaire.*

*À **ma mère et à mon Père adoptif Manfous SOUMARE** pour leur soutien indéfectible et sans l'intervention duquel rien n'eût été possible. Qu'ils soient assurés ici de mon attachement le plus profond.*

*À mon oncle, **Monsieur Amadou SOW**, qui a toujours concouru à ma réussite en y mettant tous les moyens qu'il faut à ma disposition, qu'il veuille trouver ici, l'expression de ma profonde gratitude.*

*À ma famille d'accueil ici à Ziguinchor, particulièrement à mes tuteurs **Monsieur FODE SOW et à sa femme MAMA DOUCOURE** qui n'ont ménagé aucun effort pour toujours me mettre dans des conditions optimales. Qu'ils veuillent trouver ici, l'expression de ma sincère gratitude.*

*À Monsieur le Professeur **Alassane KANTE**, à **Monsieur PAM**, pour leur oreille attentive, leur soutien chaleureux et leurs relectures éclairées.*

*Aux Présidents **Momar NDAO et Famara Ibrahima CISSE**, pour leur disponibilité à mon égard.*

*À mes amis qui ont toujours cru en moi, quand parfois je doutais. En particulier, À **Abdoulaye DIALLO, Anselme AIME, Yacine DIALLO**. Ainsi qu'à mes frères et sœurs, Qu'ils trouvent ici le témoignage de Mon amitié fidèle.*

DEDICACES

À la mémoire de mon Père

À ma mère

À toute ma famille.

« 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 »¹

¹ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1935.

LISTES DES SIGLES ET ABBREVIATIONS :

Al. : Alinéa

AP-SDF : Association Professionnelle des Systèmes Financiers Décentralisés

Art. : Article

ARTP : Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

B2C: Business to consumer

BOCCRF : Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Chron. : Chronique.

C/ : contre

CA : Cour d'appel

Cass. Civ. : Cour de cassation, chambre civile.

Cass. Com. : Cour de cassation, chambre commerciale.

C. civ. : Code civil (français).

C. consom. : Code de la consommation (française).

COCC : code des obligations civiles et commerciales (du Sénégal).

Coll.: collection.

CJCE : Cour de justice des communautés européennes.

Contrats, conc. Consum : Revue contrats, concurrence et consommation.

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois.

D. : Recueil Dalloz

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

D. Aff. : Recueil Dalloz droit des affaires.

DGCCRF: Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

DMF : Direction de la Microfinance

Ed.: Edition.

Gaz. Pal : Gazette du Palais

Ibid. : *ibidem*, au même endroit.

In : Dans

Ibid. : au même endroit

Infra: Ci-dessous.

J.C.P : Juris classeur périodique.

JCP E : Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprise

JCP G : Juris-Classeur périodique, édition Générale

JO : Journal officiel

JOAN : Journal officiel de l’Assemblée nationale

JORF : Journal officiel de la république française.

JORS : Journal officiel de la république du Sénégal.

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

LPA : Les Petites Affiches

L.: loi

n°: numéro

Obs. : observations

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

OHADA : Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

Op.cit.: *Opéra citera*, œuvre citée plus haut

P.: Page

Para. : Paragraphe

PUF : Presse Universitaire française

PUG : Presse Universitaire de Grenoble

PUAM : Presse universitaire d’Aix de Marseille.

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial.

RTD eur : Revue trimestrielle de droit européen.

S. : suivants

spéc. : Spécialement.

SFD : Systèmes financiers décentralisés

Supra : Ci-dessus.

Th. : thèse

UE : union européenne.

UEMOA : Union Economique et Monétaire Ouest Africain.

V.: voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION..... 1

TITRE I : LE CADRE JURIDIQUE DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES 14

CHAPITRE I : Le recours aux règles de droit commun dans la lutte contre les clauses abusives 14

 Section I : Les instruments de droit commun luttant contre les déséquilibres contractuels. 15

 Section II : Les procédés de droit commun permettant de restaurer l’équilibre contractuel. 28

Chapitre II : Cadre institutionnel de protection du consommateur contre les clauses abusives .. 35

 Section I : Les organismes concourant à la lutte contre les clauses abusives 36

 Section II : L’intervention de l’autorité judiciaire pour rééquilibrer les contrats déséquilibrés. 44

TITRE II : LES OBSTACLES A LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES 54

Chapitre I : Obstacles liés à l’absence d’une réglementation spécifique..... 54

 Section I: Nécessité d’une législation particulière sur les clauses abusives..... 55

 Section II : L’apport d’une réglementation spécifique des clauses abusives. 64

Chapitre II: Les autres obstacles pouvant impacter sur la protection du consommateur contre les clauses abusives. 75

 Section I : L’insuffisance du cadre institutionnel de protection du consommateur 76

 Section II : Les difficultés liées à une persistante vulnérabilité du consommateur sénégalais. 85

CONCLUSION..... 95

BIBLIOGRAPHIE :..... 97

TABLE DES MATIERES 104

INTRODUCTION

1. « *Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.* »², formulée par l'article 42 du Code des Obligations civiles et commerciales (COCC), cette célèbre disposition montre que jamais il n'a été envisagé que la liberté contractuelle³ dut être infinie et qu'elle pourrait légitimer tous les abus contractuels.

En effet, le COCC repose sur deux principes fondamentaux, à savoir le principe de l'autonomie de la volonté et celui de la force obligatoire des contrats. Le principe de l'autonomie de la volonté⁴ permet aux contractants de conclure librement un contrat sans condition de forme et d'en fixer le contenu⁵. Et en vertu de la force obligatoire des contrats, « *le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable* »⁶.

Donc, du moment que deux volontés se sont accordées, il n'y a pas à rechercher si le contrat est, ou non, équilibré. De toute façon, il fait la loi des parties. D'où l'axiome classique « *Qui dit contractuelle dit juste* »⁷; cette formule de FOUILLÉ exprime la conception du contrat retenu par les rédacteurs du COCC. Le droit civil repose donc sur une présomption d'équilibre contractuel. Autrement dit, en l'absence de vices du consentement, le contrat ne peut qu'être équilibré. Ainsi, selon l'approche du COCC, la question de l'équilibre ne se pose pas : les parties

²Loi n°63-62 du 10 juillet 1963, entrée en vigueur le 15 janvier 1967.

³ La liberté contractuelle autorise les parties à créer *ex nihilo* un aménagement de leurs rapports, partant à écarter tous les modèles qui pouvaient leur être proposés par la loi.

⁴ La force obligatoire du contrat a pour source unique la volonté des parties ; la loi ne crée pas cette force obligatoire ; elle protège seulement l'expression de la volonté et s'il en est besoin, l'exécution du contrat.

⁵ Le principe de la liberté contractuelle est que ce qui n'est pas interdit est permis et par ailleurs chacun est libre de choisir son contractant et du contenu de son contrat.

⁶Article 96 du code des obligations civiles et commerciales (COCC),

⁷La formule est céléberrime et invariablement répétée. Elle est dû à Fouillée, *la science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 3^e éd. 1897, p.410, et a été popularisée dans le monde des juristes par E. Gounot dans sa thèse sur *le principe d'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1912. Pour une excellente mise en perspective de cette formule. V. L. Rolland, « Qui dit contractuel dit juste »... En trois petits bonds, à reculons, 2005, <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2162> (consulté pour la dernière fois le 30 septembre 2016).

sont libres et supposées égales, de sorte que le contrat dans lequel elles s’engagent est censé être le point de rencontre de leurs intérêts.

2. Mais l’évolution des relations contractuelles montre que la vision moderne du libéralisme est inadaptée à la réalité ; il faudra désormais aller au-delà du postulat libéral du COCC. En effet, si le principe de l’autonomie de la volonté a, sans aucun doute, influencé les rédacteurs du Code civil français et du COCC, il est majoritairement admis qu’il n’a pas été pour autant consacré⁸. L’expérience a montré que l’application rigide de la liberté contractuelle peut mener à des conséquences qui peuvent paraître injustes et contraires à l’équité.

Bien loin de conduire à des rapports équilibrés, une liberté contractuelle sans limite serait l’instrument qui permet au fort d’imposer sa loi au faible. À la formule notoire de FOUILLÉ « *qui dit contractuelle dit juste* », répond celle de LACORDAIRE⁹ « *Entre le fort et le faible, c’est la liberté qui opprime et c’est la loi qui affranchit* ». C’est ainsi que des restrictions ont été apportées à la liberté contractuelle sur le fondement de l’ordre public économique¹⁰.

Selon l’enseignement du doyen Carbonnier, l’ordre public économique se divise en deux branches, à savoir l’ordre public économique de protection et l’ordre public économique de direction, et le droit de la consommation à l’image de la réglementation du travail, relèverait de la première citée puisqu’il a pour objet de protéger la partie la plus faible¹¹. On trouve de nombreux exemples pour illustrer l’ordre public économique de protection dans le droit du

⁸En ce sens, v. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013, n° 19 ; Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 9e éd., 2012, n° 282. Cité par ZIKA, dans sa thèse, *la notion de clause abusive au sens de l’article 132-1 du code de la consommation*, école doctorale de droit privé, Université Panthéon ASSAS, 2013.

⁹Prêtre dominicain français et ancien avocat (1802-1861). Il a travaillé à la réconciliation du catholicisme et du libéralisme.

¹⁰L’ordre public économique se manifeste par la volonté de l’Etat d’intervenir dans l’organisation des échanges par les mécanismes de dirigisme pur et simple et celui de la protection du plus faible. V. BUFFELAN-LANOR et LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil Les obligations*, Sirey 13^e Ed, 2012.

¹¹J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p.2039-2040 ; cette analyse recueille nombre de suffrages, V. J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p.31. – Cf. aussi aux nuances : J. Mestre, *l’ordre public dans les relations économiques*, in *l’ordre public à la fin du XX siècle*, Dalloz, 1996, p.33 et s ; Y. PICOT et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^e éd. 2010, n°15 ; J. calais AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^e éd. 2015, n°25. (Cité par G. PAISANT, *Défense et illustrations du droit de la consommation*, LexisNexis, 2016, p.111.)

travail¹² mais on le retrouve surtout en droit de la consommation¹³. L’ordre public économique de protection est la marque de la volonté de l’Etat de limiter les conséquences de l’inégalité économique des contractants en multipliant les règles impératives protectrices du contractant jugé le plus faible.

En effet, l’ordre public économique de protection a pour finalité d’établir une meilleure justice sociale, donc de protéger les faibles et de sauvegarder l’intérêt général, par opposition à la liberté contractuelle qui constitue le plus souvent, un instrument de domination de la partie forte économiquement dans les relations contractuelles de masse. Donc l’extension de l’ordre public a permis au législateur d’intervenir dans les contrats en édictant des règles¹⁴ pour régir les relations juridiques des contractants dont la force économique est inégale afin d’assurer une certaine protection à la partie économiquement la plus faible¹⁵. La loi devient ainsi un instrument de liberté mais surtout un outil de protection.

3. Il est donc évident que l’autonomie de la volonté peut avoir des effets pervers dans les contrats où les rapports de force ne sont pas égaux, la partie la plus forte peut imposer sa « loi » à la partie la plus faible. C’est la problématique que posent les contrats d’adhésion¹⁶. Fruit de la liberté contractuelle, ces contrats sont sources d’abus. En effet, le contenu du contrat n’est pas le résultat de la libre discussion de deux parties placées sur un pied d’égalité ; il a été rédigé à

¹² Pour protéger le salarié qui est en position de faiblesse face à son employeur (car il est sous sa subordination), le droit du travail a prévu par exemple une réglementation de la durée et des conditions de travail ; l’instauration d’un salaire minimum ; une réglementation en matière de licenciement. Ainsi, toute clause du contrat de travail qui prévoirait de verser au salarié une rémunération inférieure au SMIC serait considérée comme nulle.

¹³ Pour protéger le consommateur par rapport au vendeur, le droit de la consommation prévoit notamment une obligation d’information sur les prix, l’interdiction de certaines pratiques de vente (vente liée ; refus de vente); des réglementations en matière de publicité, de démarchage à domicile, des ventes à distance.

¹⁴ Le contrôle du contenu des contrats caractérise le plus l’ordre public économique de protection

¹⁵ Vincent Karim « L’ordre public en droit économique : contrat, concurrence, consommation », *les cahiers de droit*, vol. 40, n°1999, p.405

¹⁶ Trois traits sont généralement relevés dans les contrats d’adhésion : premièrement, il suppose entre les deux contractants une inégalité économique et sociale, telle que l’un des deux est plus ou moins maître des biens ou des services que l’autre peut désirer ; deuxièmement, l’offre de contrat est adressée non à une personne déterminée mais au public en général, ou à une fraction de celui-ci dans les mêmes termes ; et finalement, le contrat est l’œuvre exclusive d’une des parties. Ayant la responsabilité de la marche de l’entreprise, celle-ci rédige seule les conditions du contrat, lesquelles doivent être semblables pour tous.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

l'avance et demeure conditionné par l'une des parties qui, plus puissante économiquement ou socialement, le propose à l'adhésion de ses multiples cocontractants¹⁷

Les facteurs économiques actuels concourent à faire du contrat d'adhésion, le contrat de la vie courante et de la vie des affaires. La standardisation de l'objet, la nature du contrat et la forme même du document contractuel, tendent à rendre l'adhésion inévitable. Les modalités de formation des contrats s'en trouvent, souvent, profondément affectées.

Ainsi, une puissante société ne discutera pas avec un salarié isolé les conditions de son contrat de travail et prétendra lui appliqué un règlement élaboré à l'avance par elle seule. De même, les clients de grandes entreprises subiront la loi de celles-ci : on ne discute pas avec ORANGE¹⁸ ou une compagnie d'aviation ; on discute peu avec une compagnie d'assurance ; les tractations sont réduites au strict minimum, puisque ces compagnies sont fortes d'un règlement auquel le client se contentera d'adhérer, dès lors qu'il choisit de ne pas s'abstenir. Afin de désigner cette réalité, on parle à la suite de Saleilles¹⁹, de contrat d'adhésion²⁰.

¹⁷ On a cependant pu faire observer, que le contrat d'assurance ne comportait pas toujours une pré-rédaction totale, la police comportant, outre les clauses imprimées, des clauses manuscrites, fixant à la suite d'une discussion entre l'assureur et l'assuré certaines conditions particulières. En outre, au cours des pourparlers précédant la conclusion du contrat d'assurance, l'assuré se voit fréquemment offrir le choix entre plusieurs types de police. Ces constatations conduisent des auteurs à souligner l'imprécision de la notion de contrat d'adhésion (V. MARTY ET REYNAUD, n°129, p. 127, note 1)

¹⁸ Opérateur de Télécommunication qui fournit des offres d'abonnement de téléphonie mobile et d'internet sous la forme de contrats d'adhésion.

¹⁹V. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, n°891, p.229 ; DERAUX, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, RTD civ. 1910, 593 ; DEMOGUE, t. II, n°616 s. PICHON, *Les contrats d'adhésion*, thèse Lyon, 1913 ; DE SAINT-REMY, *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, thèse, Paris, 1928 ; DOMERGUE, *Les contrats d'adhésion*, thèse, Toulouse, 1936 ; A. RIEG, *Contrat type et contrat d'adhésion*, *Etudes de droit contemporain*, Trav. et recherches Inst. *Droit comparé de Paris*, t. XXXIII, 1970, p. 105 et s ; BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, thèse, Paris II, 1973 ; CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, thèse, Aix, 1975. La fortune doctrinale de l'expression a même dépassé les océans, V. KESSLER, « Contracts of adhesion, some thoughts about freedom of contract », 43 *Columbia Law Review* 629 (1943). Elle est utilisée par la directive européenne du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives et certaines décisions des juges du fond y font parfois référence (V. par ex. CA Paris, 23 mars 1989, RTD civ. 1989. 537, obs. J. MESTRE).

²⁰ SALEILLES, *op.cit.*, p.229-230 : « Il y a des contrats et des contrats...il y a des prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire ; pour lesquels, en tous cas, les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites devraient subir, sans doute, d'importantes modifications ; ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat (...)»

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

Cette réalité est étroitement liée à l'avènement de la société de consommation²¹. La croissance économique, qui grâce à l'amélioration de la productivité, s'est manifesté au lendemain de la seconde guerre mondiale, période dite des « *trente glorieuses* »²², allait conduire, avec l'accroissement correspondant du niveau de vie des ménages, à l'installation de ce qu'il convient désormais d'appeler « la société de consommation »²³.

Cette société d'abondance qui s'est développé dans une ère d'opulence²⁴ a éloigné au fur et à mesure de son évolution, le vendeur de l'acheteur. Ainsi, par soucis de rapidité et de pragmatisme, le contrat est rédigé à l'avance par le professionnel. Une nécessaire standardisation des contrats s'imposait par la création d'« *instruments juridiques de série* »²⁵. Les professionnels ont ainsi pris l'habitude de proposer à leurs cocontractants des conventions²⁶ « dont le contenu a été fixé totalement ou partiellement de façon abstraite et générale avant la période contractuelle »²⁷. Ces derniers doivent soit les accepter sans pouvoir les modifier, soit les rejeter en bloc.²⁸ La formule du contrat pré-rédigé a ses avantages : elle fixe un cadre juridique déterminé par les conditions générales inhérentes au contrat et assure à chacune des parties une certaine sécurité juridique dans l'exécution de celui-ci. Elle a aussi des inconvénients : le

²¹On attribue parfois (R. Boulat, art. préc. p.98) la paternité de cette expression à J. M- Domenach (Esprit, nouvelle série, nov. 1957, p. 480 : « Nous sommes entrés dans une société de consommation, qui semble promettre à ses membres une acquisition sans limites »). Mais on l'a trouvé déjà, en 1898, sous la plume de Charles Gide in *le règne du consommateur*, Œuvres de Charles Gide, vol. IV, *Coopération et économie sociale*, 1886-1904, L'Harmattan, 2001, p.200 : « (...) à ce changement dans la conception et l'orientation de la science économique, doit en correspondre un pareil dans la conception et l'orientation de la pratique économique, et c'est l'avènement de la société de consommation qui est le signe de ce changement ». Cité par G. PAISANT, op.cit. p.5.

²²J. FOURASTIER, *les Trente glorieuses*, Fayard, 1979. – Cf. aussi , R. BOULAT, *Jean Fourastié et la naissance de la société de consommation en France*, in A. Chariot, M- E Chessel et M. Hilton, *Au nom du consommateur*, La Découverte, 2004, p.98 et s. (cité par G. PAISANT, op.cit., n°5)

²³ L'expression « Société de consommation » est utilisée pour désigner une société au sein de laquelle les consommateurs sont incités à consommer des biens et services de manière abondante.

²⁴J. K. GALBRAITH, *l'ère de l'opulence*, Calmann- Lévy, 1965.

²⁵L. BIHL, « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », *JCP G* 1978, I, 2909.

²⁶ Etant donné la répétition quasi mécanique des prestations contractuelles offertes à une très vaste clientèle, comme celles d'assurances, de transports ferroviaires et maritimes , de distribution d'eau, d'électricité ou de gaz, les entreprises fournisseurs de ces prestations ont défini, par avance, les conditions générales d'achat ou de services.

²⁷Selon la définition du contrat d'adhésion par G. Berlioz, in th. préc, p. 27.

²⁸Claire M.P ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132- 1 du code de la consommation*, th. 2013, op.cit.

professionnel peut stipuler dans ses contrats des clauses lésant les droits et les intérêts du consommateur²⁹.

Ces clauses préédigées des contrats conclus par une personne avec une série d'autres personnes sont aussi appelées conditions générales puisqu'elles ne peuvent pas être négociées : elles conduisent donc à des contrats d'adhésion³⁰. Elles ne sont pas spécifique du droit de la consommation. On les rencontre chaque fois qu'une personne est assez puissante pour imposer des clauses identiques à tous ses contractants³¹. Les conditions générales sont particulièrement fréquentes dans le domaine de la consommation, un professionnel imposant des clauses identiques à tous ses clients consommateurs. Les contrats préédigés sont indispensables dans un système de production et de distribution de masse, ils présentent pour les entreprises, des avantages évidents, puisqu'ils assurent à la fois la rapidité et la sécurité des transactions. Mais ils sont dangereux pour les consommateurs. Ces derniers adhèrent globalement au contrat, sans connaître toutes les clauses.

4. Or, le risque inhérent à l'adhésion est de porter sur des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties. En effet, usant de leur supériorité économique, les professionnels qui rédigent unilatéralement les contrats sont en mesure de dicter des conditions qui satisfont leur intérêt exclusif. Tel professionnel s'accorde, par exemple, le droit de modifier unilatéralement et comme bon lui semble le contenu du contrat, tel autre élude totalement sa responsabilité contractuelle en cas de manquement à l'une de ses obligations. En effet, la formule de ces contrats octroi une grande possibilité au professionnel de conditionner le contrat en sa faveur, notamment en y insérant des clauses le favorisant au détriment du consommateur³². C'est ainsi que certaines clauses ont été jugées abusives.

²⁹Olesea Plotnic, *les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Aspects de droit Français, Moldave et de l'union européenne*, th.2013, Université de Grenoble.

³⁰Cependant, il faut préciser que la catégorie des contrats d'adhésion est plus vaste, car elle comprend aussi des contrats conclus verbalement : les achats courants effectués chez un commerçant, sans marchandage.

³¹J CALAIS- AULOY, *Droit de la consommation*, 5^e Edition, p.171

³²TOP'ACTUEL, *Droit de la consommation 2016/2017*, Edition Hachette, p.30

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

Le législateur français est intervenu pour rétablir l’équilibre contractuel³³. Il a développé un arsenal juridique permettant de protéger le consommateur de ces clauses qu’il qualifie « *d’abusives* ».

Au Sénégal, la notion de clause abusive ne fait pas l’objet d’une réglementation spécifique. Cette notion reste confuse dans notre corpus juridique et il n’y a pas de définition légale de ces clauses qualifiées d’abusives. Elles ne sont mentionnées que dans de très rares textes de lois³⁴. Il n’y a pas de consécration expresse des clauses abusives en droit positif sénégalais. Mais, cela ne signifie pas qu’elles ne sont pas prohibées³⁵. Néanmoins, en droit communautaire de l’Uemoa et de l’Ohada, il est prévu une réglementation de cette notion si l’on se réfère aux deux projets de législations³⁶.

Pour rappel, la notion de clause abusive, ou du moins son équivalent (*unconscionable clause*) est connue depuis longtemps aux Etats-Unis : dès 1962, l’Uniform Commercial Code, consacrant et clarifiant une jurisprudence de Common Law, permettait au juge d’annuler toute clause qui lui paraissait abusive. Dans les pays européens, c’est seulement à partir de l’année 1970 que fut systématiquement organisée la lutte contre les clauses abusives, dans un souci de protection des consommateurs. Des lois furent successivement promulguées en Suède (1971), au Royaume Uni (1973, 1977), au Danemark (1974), en Allemagne (1976).

En France, Madame Scrivener, alors secrétaire d’Etat chargé de la consommation, fut élaborer un texte qui devient la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 : le chapitre IV de ce texte était consacré aux clauses abusives. Depuis lors, la législation française en matière de lutte contre les clauses

³³ L’Equilibre contractuelle est une conception plus économique et objective du contrat. A l’idée d’égalité qui traduit une relation entre des personnes et une conception individualiste du contrat, on voit se substituer aujourd’hui cette idée d’équilibre. Elle marque la prise en compte du contrat lui-même en tant qu’opération économique, afin d’apprécier l’équilibre de cette opération. Le principe d’équilibre contractuel, ou encore le principe de proportionnalité et l’interdiction de l’excès sont autant de notions qui se sont développées pour lutter contre les contrats injustes, de sorte que l’idée d’équilibre s’inscrit en définitive dans un principe plus large qui est celui de la justice contractuelle. (Cité par BUFFELAN-LANOR et LARRIBAU-TERNEYRE, op.cit., p.238.)

³⁴ On peut noter la loi 2011-01 portant code des télécommunications en son article 127- 14 mentionne les clauses abusives mais ne les définissent pas.

³⁵ En effet, en vertu des dispositions du COCC, le contrat ne doit pas être l’instrument de domination de la partie la plus forte économiquement.

³⁶ En ce qui concerne le projet de législation communautaire sur l’information et la protection des consommateurs de l’Uemoa, il s’agit des dispositions de l’article 5 dudit projet. Et pour ce qui est du projet d’acte uniforme Ohada sur le contrat de consommation, plusieurs dispositions règlementent ces dites clauses et son art. 24 établis une liste de clauses considérées comme abusives comme à l’image du droit français.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

abusives a considérablement évolué. En effet, après la loi du 10 janvier 1978 qui interdisait, sans toutefois les définir avec précision ces dites clauses³⁷, d’autres législations sont venues renforcer le dispositif.

Ainsi, la loi du 5 janvier 1988, a autorisé les associations de consommateurs à demander en justice la suppression des clauses abusives contenues dans les contrats-types proposés par les professionnels. La loi du 1^{er} février 1995 a modifié la définition d’une clause abusive³⁸. Ensuite la loi du 04 août 2008 dite LME³⁹ complétée par un décret du 18 mars 2009 a fait une distinction entre les clauses simplement déclarées abusives et celles présumées abusives de manière irréfragable.

Donc, à la lumière du droit français, est abusive la clause qui, préredigée par la partie la plus puissante (le professionnel), crée un déséquilibre significatif⁴⁰ au détriment de la partie la plus faible (le consommateur). A travers cette définition, nous constatons que le champ d’application reste calqué dans les relations entre professionnels et consommateurs. La notion de consommateur est depuis longtemps utilisée dans les textes qui constituent le droit de la consommation, mais sa définition légale est très récente. Cette absence de définition n’était pas sans conséquence car le champ d’application de la réglementation des clauses abusives vise justement la relation entre un consommateur et un professionnel. La loi dite Hamon a mis fin au débat⁴¹. En effet, son article 3 a inséré un article préliminaire dans le code de la consommation qui dispose qu’ : « (...) est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale,

³⁷La loi du 10 janvier 1978 considérait comme abusive, une clause qui entraîne un « avantage excessif pour le professionnel au détriment du consommateur », elle a aussi instituée une commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation.

³⁸ C’est la définition légale actuelle des clauses abusives en France, tirée de l’article L.132-1 devenu depuis le 1^{er} juillet 2016 l’article 212-1 du code de la consommation qui dispose « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »

³⁹ Loi de Modernisation de l’Economie n°2008-776 a modifié le dispositif de lutte contre les clauses abusives.

⁴⁰ La notion de déséquilibre significatif trouve son origine dans la directive du 5 avril 1993, transposée en droit français par la loi du 1^{er} février 1995 (article L.132-1 du code de la consommation).

⁴¹En effet, il existait en France un débat doctrinal avant la définition légale de la notion de consommateur. Ainsi, deux conceptions pouvaient prévaloir : La première définissait les consommateurs comme les personnes physiques ou morales qui se procurent ou qui utilisent des biens ou services pour un usage non professionnel. Cette conception n’excluait pas les personnes morales du domaine d’application du droit de la consommation tant que ces dernières ne se procurent pas des biens ou des services pour un usage professionnel. La seconde excluait les personnes morales du champ d’application du droit de la consommation.

industrielle, artisanale ou libérale ». C’est donc la définition restrictive, qui conformément au droit communautaire européen a été retenue. Les personnes morales sont de ce fait exclues du champ d’application de la législation des clauses abusives. Des lors que l’un des contractants est un professionnel et l’autre un consommateur au sens de l’article 3 de la loi Hamon, les dispositions sur les clauses abusives s’appliquent à tous les contrats, quel que soit leur nature (ventes, louages, prêts, assurances, etc...) et quel que soit leur objet, meuble ou immeuble. La loi vise ainsi à englober un maximum de contrats pour assurer une meilleure protection des consommateurs.

La forme et le support du contrat importent peu : papier, électronique etc., sont notamment visés les « *bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets* » comportant des mentions décrivant ou faisant référence à des engagements/obligations du professionnel et/ou du consommateur.

Dès lors qu’un élément entre dans le champ contractuel, fut ce par renvoi et quelle qu’en soit la forme, il est susceptible de contenir une clause abusive si les conditions d’une telle qualification sont remplies. Tout ce qui demeure extérieur au champ contractuel n’entre pas dans la réglementation relative aux clauses abusives ; il en va ainsi de tous les documents publicitaires ou promotionnels remis au client⁴², ainsi que des pratiques commerciales qui font l’objet de dispositions particulières.

La nature des clauses importe peu aussi : celles-ci peuvent concerner, notamment, les modalités de versement du prix ou de livraison de la chose, la charge des risques, l’étendue des responsabilités ou des garanties, les conditions d’exécution ou de résolution du contrat. Le système du code de la consommation français est essentiellement fait pour des clauses qui figurent dans les conditions générales préétablies, en d’autres termes lorsqu’il s’agit de contrats conclus entre B2C⁴³, peu importe qu’il s’agisse de contrats d’adhésion ou de contrats librement

⁴²Il convient toutefois, d’être prudent en matière de renvoi à des documents extérieurs au contrat signé par le consommateur : l’article R. 132- 1 fait figurer parmi les clauses interdites celles ayant pour objet ou pour effet de « constater l’adhésion du non professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l’écrit qu’il accepte ou qui sont remplies dans un autre document auquel il n’est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n’a pas eu connaissance avant sa conclusion ».

⁴³L’abréviation B2C (business to consumer) désigne l’ensemble des relations qui unissent les entreprises et les consommateurs finaux ainsi que les moyens techniques ou logiciels utilisés pour faciliter leurs interactions. www.journaldunet.com/business/pratique/dictionnaire-economique-et-financier/17129/b-to-c-ou-b2c-definition.html, (consultation faite pour la dernière fois le 02 octobre 2016).

négociés (à la différence des textes communautaires européennes qui ne visent que les contrats d’adhésion).

Cependant, le « *déséquilibre significatif* »⁴⁴ constitue le critère fondamental de la qualification du caractère abusif d’une clause en vertu de la définition légale. Une clause est abusive quand elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif.

Sur ce point, la loi française est en accord avec la Directive de 1993 et avec la proposition de directive de 2008. La loi française, comme la directive, précise que le déséquilibre significatif est apprécié de façon relativement large : il peut résulter des circonstances qui entourent la conclusion du contrat, de la combinaison de plusieurs clauses entre elles ou encore de l’absence de réciprocité de certaines clauses.

Le mot « *significatif* » (comme auparavant le mot « *excessif* ») traduit l’idée que certains déséquilibres sont acceptables, qu’ils ne sont pas considérés comme abusifs. La frontière entre déséquilibre acceptable et déséquilibre inacceptable est difficile à tracer.

Ainsi, le caractère abusif d’une disposition contractuelle ne saurait porter sur la définition de l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix au bien ou au service qui en est la contrepartie. Le juge ne contrôle pas l’équilibre économique des prestations réciproques. Le champ des clauses abusives est large et n’est pas restreint aux modalités d’exécution des obligations essentielles du contrat.

Toutes les clauses d’un contrat notamment celles relatives au délai de paiement, aux modalités de paiement, à la responsabilité en cas d’inexécution sont concernées. Il suffit juste que l’une des clauses, seule et au regard de l’économie générale du contrat ou d’autres clauses, rende la relation contractuelle significativement déséquilibrée au détriment du consommateur. L’absence de réciprocité est surtout prise en compte concernant les clauses octroyant une prérogative au professionnel sans prévoir de contrepartie pour le consommateur⁴⁵. Cependant

⁴⁴ La notion de déséquilibre significative n’était pas la notion initialement utilisée, on parlait en 1978 d’avantages excessifs au profit du professionnel, ce n’est seulement en 1995 que la notion de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est apparue à l’occasion de la transposition de la directive communautaire de 1993 qui est toujours le texte en vigueur au niveau européen.

⁴⁵ Il ne s’agit pas forcément du même droit qui doit être accordé à ce dernier, mais d’une stipulation permettant d’équilibrer la relation ou de contrebalancer le droit du professionnel. Il est par exemple possible de prévoir une clause de modification du prix par le professionnel si le consommateur se voit attribuer le droit de résilier le contrat dans l’hypothèse où la modification du prix ne lui convient pas. Enfin lorsque l’avantage accordé au professionnel est légitime ou justifié, le déséquilibre ne sera pas considéré comme significatif, par exemple : restriction des droits du consommateur pour parer à un risque important de fraude.

une clause reprenant les dispositions légales applicables au contrat ne saurait en aucun cas être qualifiée d’abusives. Par exemple, en matière de vente à distance : prévoir l’exclusion du droit de rétractation lorsque le consommateur a donné son consentement exprès.

En outre, il avait été prévu d’étendre la notion de déséquilibre significatif au droit commun français. En effet, l’ordonnance du 10 février 2016⁴⁶, voulait opérer une mesure emblématique en intégrant un texte permettant d’écarter une clause créant un déséquilibre significatif entre les parties. Jusqu’alors, la notion de déséquilibre significatif n’existait que dans deux textes spécifiques⁴⁷. L’ordonnance a dû être modifiée face aux vives critiques émises tant par les professionnels du droit⁴⁸ que par les acteurs économiques pour des raisons d’attractivité du droit français et de la sécurité des transactions⁴⁹.

Désormais l’ordonnance qui porte la réforme des contrats ne prévoit pas, contrairement à ce qui était initialement envisagé, un dispositif général de sanction des clauses abusives. Le futur article 1171 du code civil sera rédigé ainsi « *Dans un contrat d’adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation.* ».

Si le projet de réforme avait la volonté ambitieuse d’introduire une disposition générale permettant au juge d’écarter de tout contrat une clause dite abusive en ce qu’elle crée un déséquilibre significatif entre les parties, l’ordonnance en limite considérablement le champ pour ne l’appliquer qu’aux seuls contrats d’adhésion, qu’elle définit dans le même temps comme « (...) *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l’avance par l’une des parties* »⁵⁰.

⁴⁶Ordonnance n°2016-313 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.

⁴⁷ Il s’agit du code de la consommation qui considère non écrites les clauses abusives des contrats conclus entre professionnels et consommateurs (C. consom. Art. L 132-1 s devenu Art. L.212-1) et du code de commerce qui sanctionne quant à lui, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties à un contrat conclu par un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers avec un partenaire commercial (C. com. Art. L 442-6, 1-2°).

⁴⁸ L. GRATTON, « les clauses abusives en droit commun des contrats », Recueil Dalloz 2016, p. 22

⁴⁹ Rapport du Président de la République Française relatif à l’ordonnance n°2016-313 du 10 février 2016, JORF n°0035 du 11 février 2016.

⁵⁰Futur alinéa 2 de l’article 1110 du code civil.

Cette restriction respecte également la liberté contractuelle auquel il ne doit pas être porté atteinte lorsque les parties ont librement négocié le contenu de leur contrat. Et ce d’autant plus fort que le droit de la consommation et le droit commercial contiennent déjà des dispositifs de protection des consommateurs ou non professionnels et de certains professionnels lorsqu’il existe un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il ne paraissait donc pas opportun d’ériger un principe général de sanction des clauses abusives dans le code civil français.

5. On constate qu’il existe une réglementation très élaborée et évolutive des clauses abusives en droit français consacrée par un code de la consommation, contrairement au Sénégal où on note un vide juridique. De ce fait, l’approche comparative d’avec le droit français s’avère incontournable si l’on peut concéder que le droit comparé peut être perçu comme « *le plus court chemin pour la compréhension des phénomènes nationaux* »⁵¹. Donc, il conviendra de se pencher sur le droit de la consommation français pour essayer d’élucider les instruments existant en droit sénégalais. Cette approche servira de base d’argumentation, vu les diverses ressemblances de nos deux systèmes juridiques.

En outre, l’absence de règles spécifiques pose aussi la problématique de l’existence d’une protection et de l’efficacité des textes existants ; si l’on sait que les consommateurs sénégalais bénéficient en général d’une « *protection par ricochet* ».

L’interrogation qui en ressort est, naturellement, celle de savoir, quel dispositif de protection le consommateur sénégalais bénéficie-t-il pour se prémunir des clauses abusives ? En d’autres termes, existe-t-il dans le corpus juridique sénégalais des moyens permettant au consommateur de se protéger contre ces déséquilibres contractuels ? Est-ce que les mécanismes juridiques existants sont suffisants pour une protection effective du consommateur ? Si non qu’est ce qui les rend inefficaces ? Et comment y remédier ?

Voilà autant d’interrogations qui méritent une réflexion poussée. Mais, pour ce qui est de l’efficacité de la répression desdites clauses, il est fort de constater que des difficultés d’accès ou de disponibilité d’information rendent problématique une telle étude si l’on sait qu’il n’existe

⁵¹Gérard FARJAT, *Droit économique*, P.U.F., Thémis, 1971, p.17 (V. Michel Filiga SAWADOGO, *Droit des entreprises endifficulté*, *op.cit.*, p. 20/444).

pas de réglementation spécifique de ces clauses en droit positif sénégalais, et l’absence de données jurisprudentielles viennent aussi corroborer cet état de fait. C’est pourquoi la réflexion dans le cadre de cet exposé se veut hautement théorique et surtout comparative avec l’emploi d’un raisonnement analogique.

6. cependant, il est évident que le droit de la consommation est en plein essor au Sénégal, les indices indiquent que cela va croissant. Il existe une réelle volonté de réglementation des relations de consommation⁵². Au regard de la situation économique actuelle marqué par les transactions quotidiennes manifestées par des contrats d’adhésion de plus en plus importants, on est tenté de dire que le Sénégal connaît une société de consommation. Par conséquent, la protection des consommateurs demeure une nécessité politique et normative.

C’est toute l’essence de la présente étude qui se veut instructive vu la prolifération des contrats d’adhésion qui constituent souvent d’instruments de domination des professionnels dans leurs relations avec les consommateurs et surtout des vecteurs de clauses abusives. L’utilité de la présente étude s’avère aussi très théorique dans la mesure où elle fera appel à la pertinence des règles de protection offertes par le Code des obligations civiles et commerciales qui constitue la principale base légale des contrats de droit privé.

Ainsi, en considérant qu’on connaît en droit positif sénégalais une absence de législation spéciale des déséquilibres contractuels occasionnés par l’insertion de clauses abusives dans les contrats de consommation, une réflexion sur une supposée protection du consommateur contre ces abus peut sembler aventureuse mais si l’on regarde de plus près et si l’on prend en compte le rôle protecteur de la loi à travers notamment l’ordre public économique et celui du COCC qui a encadré la liberté contractuelle, on est tenté de dire qu’il devrait exister un semblant de dispositif de protection de la partie faible dans les relations contractuelles.

Il conviendra ainsi de montrer le cadre juridique de protection du consommateur (TITRE I), avant d’aborder les obstacles qui rendent ce dispositif inefficace (TITRE II).

⁵²Le nouveau code des télécommunications prévoit le contrôle des contrats proposés aux consommateurs de télécommunications pour la détection de clauses abusives qui pourraient s’y contenir.

TITRE I : LE CADRE JURIDIQUE DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR
CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

Le cadre juridique de protection renvoie au dispositif législatif et institutionnel permettant au consommateur de se protéger contre l'ensemble des abus dont il pourrait être victime dans ses relations avec les professionnels. Au Sénégal, nous constatons l'existence de plusieurs lois dispersées qui ont pour finalité la protection des consommateurs, mais aucune d'entre elles ne traite exclusivement des déséquilibres contractuels entre professionnels et consommateurs. Puisque la notion de clauses abusives fait appel à l'idée de déséquilibre contractuel, le recours aux règles de droit commun se rapportant à l'équilibre contractuel (Chapitre 1) s'avère inévitable.

Néanmoins, il existe en parallèle un dispositif institutionnel qui a aussi pour finalité de protéger les consommateurs contre certains abus (Chapitre 2).

CHAPITRE I : Le recours aux règles de droit commun dans la lutte contre les clauses abusives

L'économie d'un contrat⁵³ résulte non seulement des stipulations par lesquelles les parties définissent les prestations qu'elles se doivent, mais aussi des clauses au moyen desquelles elles organisent leurs rapports en fixant leurs droits et leurs obligations accessoires. Il est, par exemple, évident que, lorsqu'une partie limite de manière drastique la responsabilité qu'elle est susceptible d'encourir en cas d'exécution défectueuse de sa prestation, cela affecte l'équilibre contractuel. Or l'une des parties peut, lorsque sa situation lui permet de peser sur la rédaction du contrat, en profiter pour y insérer des clauses qui lui sont systématiquement favorables⁵⁴. Afin de lutter contre ce danger, des règles spécifiques de protection des consommateurs contre

⁵³S. PIMONT, *l'économie du contrat*, PUAM, 2004, n° 354 et s. – V. : pour une application particulière : cass. Com, 15 fev. 2000: bull. civ. 2000, IV, n°29; *Defrenois 2000*, art.37237, obs Mazeaud. – Cf. aussi, Cass 1° civ, 4 jan. 2005, n° 00-20.136. - Cass. Com, 15 janv. 2008, n°06-15.609, www.legifrance.gouv.fr

⁵⁴François TERRE et Philippe SIMLER -Yves LEQUETTE. *Droit civil, les Obligations*, Dalloz, 8^e Ed, p.321

les clauses abusives ont été instituées en France depuis les années 1970⁵⁵, mais au Sénégal, en l’absence de réglementation spécifique, le recours aux règles de droit commun est inévitable pour lutter contre les déséquilibres contractuels.

Cependant, si les consommateurs sont amenés à contracter pour se procurer les produits et les services dont ils ont besoin, la question de la pertinence ou de l’adaptation des règles générales pour assurer la préservation de leurs intérêts se pose naturellement : en effet, les dispositions du COCC permettent elles ou non de préserver un équilibre entre les droits et les obligations des parties dans la relation de consommation ? Quoi qu’il en soit, le droit commun tiré du COCC prône l’équilibre des prestations, lorsque notamment, il consacre une multitude d’instruments ayant pour finalité de lutter contre les déséquilibres (Section I), ou encore lorsqu’il met en place un ensemble de procédés (Section II) allant dans le sens de restaurer un certain équilibre dans les relations contractuelles déséquilibrées.

Section I : Les instruments de droit commun luttant contre les déséquilibres contractuels.

Certes, le contrat de consommation est un contrat particulier par son objet et ses contractants mais c’est avant tout un contrat. Par conséquent, les règles générales tirées du COCC semblent pouvoir s’appliquer pour protéger le consommateur en tant que contractant⁵⁶. En effet, l’observation du droit commun des contrats⁵⁷ fait ressortir quatre notions qui prônent l’équilibre des relations contractuelles⁵⁸ : l’enrichissement sans cause ; la lésion ; l’abus de droit et la cause. Les dispositions du droit commun peuvent ainsi apparaître comme une base d’équilibre. Cependant, même si certaines de ces règles ont une portée générale (PARAGRAPH I), et que d’autres sont restreintes à des situations particulières (PARAGRAPH II), il n’en demeure pas moins que ces règles peuvent être utilisées pour lutter contre les clauses abusives.

⁵⁵La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 dont le chapitre IV traite de la « Protection des clauses abusives »

⁵⁶TERREYGEOL M., *La nouvelle réglementation de la lutte contre les clauses abusives*. Mémoire de Master. Mention Master II consommation et concurrence: Centre de droit de la consommation et du marché (UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit) : Université de Montpellier I, 2009.

⁵⁷Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, LGDJ 1982 ; Hélène DAVO et Yves PICOT *Droit de la Consommation* éd. Armand Colin, 2005. (Cités par TERREYGEOL MARINE. 2009. *la nouvelle réglementation de la lutte contre les clauses abusives*. Mémoire de Master. Mention Master II consommation et concurrence: Centre de droit de la consommation et du marché (UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit) : Université de Montpellier I, <https://cdcmontpellier.files.wordpress.com> , (consultation faite pour la dernière fois le 28 septembre 2016).

⁵⁸ Il s’agit de l’article 76 et 77 du COCC pour la « cause » ; de l’article 75 COCC pour la « lésion » ; de l’article 122 COCC pour « l’abus de droit » et de l’article 160 et 161COCC pour « l’enrichissement sans cause »

Paragraphe I: Les règles de portée générale sanctionnant les déséquilibres contractuels.

Les mécanismes relatifs à la formation et à l’exécution des contrats sont sollicités pour remédier à des déséquilibres contractuels importants. Ainsi, ne pourrait-on pas considérer qu’en réclamant la parfaite exécution d’une clause ou d’un contrat qui l’avantage outrageusement au détriment de l’autre partie, le contractant en mesure d’imposer sa loi commet un abus de droit ou un manquement à la bonne foi⁵⁹ (A). Ou encore, l’usage de la cause⁶⁰ (B) ne constitue-t-elle pas un moyen efficace pour rétablir l’équilibre blessé par la présence de clauses abusives, en ce sens qu’elle permet d’annuler des clauses qui contreviennent à un engagement essentiel d’un contractant, clauses que l’on rencontre souvent dans les conditions générales des contrats de consommation. Cependant, ces règles ont une portée très large puisqu’applicables à tout type de contrat.

A. L’abus de droit et le principe de bonne foi

De tous les instruments de droit commun prônant l’équilibre des prestations, l’abus de droit et le principe de bonne foi paraissent plus adaptés à la complexité de la lutte contre les clauses abusives. En effet, l’usage de la bonne foi fonde souvent l’intervention du juge dans la lutte contre les déséquilibres contractuels et l’abus de droit est de plus en plus pris en compte dans les litiges de consommation⁶¹. L’abus de droit rejoint souvent la notion de bonne foi. Ils sont utilisés tant par le législateur que par la jurisprudence.⁶²

⁵⁹C.civ, art.1134 al.3. V. N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l’exécution du contrat* : LPA 30 septembre 1998, p.21 et suiv.- Ph. Stoffel- Munck, *l’abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, spéc, p. 316 et s. – L. Fin-Langer, *L’équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, spec, p.274 et s. (cité par Gilles PAISANT. *Défense et illustration du droit de la consommation*. LexisNexis, 2016, p.47).

⁶⁰ V. sur l’ensemble de la question : S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000 et les actes du colloque de Paris V, 20 mars 1998 : *existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* : LPA 30 septembre 1998, n°117.

⁶¹ En France, en effet, malgré l’existence de règles spécifiques de protection, on constate toujours le recours au principe de bonne foi et à la théorie de l’abus de droit par les juges lorsqu’ils fondent leurs décisions pour sanctionner des clauses abusives.

⁶² Brigitte Hess-FALLON et Anne –Marie SIMON, *Droit civil*, Dalloz, 10^e Edition.p.303,

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

La notion d'abus de droit a été employée pour la première fois dans l'affaire *Clément- Bayard*⁶³, il s'agissait d'un abus de droit avec « intention de nuire ». Cette jurisprudence répond à la définition légale de l'abus de droit, repris par le COCC à travers l'article 122 « *commet une faute par abus de droit, celui qui use de son droit dans la seule intention de nuire à autrui, ou qui en fait un usage contraire à sa destination* ». La théorie de l'abus de droit permet de sanctionner tout usage d'un droit dépassant les limites de son usage raisonnable. Un courant doctrinal français affirme que la théorie de l'abus de droit se trouve être à la racine de l'adoption des lois spéciales sur les clauses abusives. En effet, il est évident que le législateur de l'année 1978 s'était inspiré de cette théorie. D'abord le choix de la terminologie « clauses abusives » ou « abus de la puissance économique » dans la loi de l'année 1978 montre cette inspiration⁶⁴. Nous retrouvons d'ailleurs cette influence dans les débats parlementaires comme le précise Monsieur J. Ghestin : « *Ce n'est pas cependant aux vices de consentement que se réfèrent les débats parlementaires, mais plutôt à la notion d'abus de droit* »⁶⁵. Tous les droits sont susceptibles d'être exercés abusivement, et notamment le droit de soumettre des contrats d'adhésion aux consommateurs. En effet, le professionnel a le droit de proposer à ses contractants de conclure des contrats sur la base de conditions pré rédigées, en revanche, ce droit est limité, et il ne peut abuser de celui-ci pour imposer aux consommateurs des obligations contraignantes et excessives. Donc, le professionnel est en faute, lorsqu'en se fondant sur la liberté contractuelle, propose des contrats gravement déséquilibrés, en jouant surtout sur l'ignorance ou l'inexpérience des contractants éventuels⁶⁶. L'insertion de clauses dans un contrat est un droit, mais si elle a pour objet de favoriser la situation d'une partie au détriment de l'autre, cela correspond à un abus de droit du rédacteur dudit contrat. La notion d'abus de droit servirait ainsi de remède aux déséquilibres contractuels, étant donné que « *celui qui tire profit excessif et injuste de la convention abuse de son droit de contracter* »⁶⁷. Selon certains auteurs, comme A.

⁶³V. Cass. 3 aout 1915, en effet, la cour de cassation a retenu la responsabilité du propriétaire d'un terrain voisin d'un hangar à dirigeables qui avait construit des pylônes armés de pieux pour gêner l'évolution des appareils.

⁶⁴KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Th. Université Robert Schuman (Strasbourg); 1995 V. GODE P., note sous décret n° 78-464 du 24 mars 1978, R.T.D. civ. 1978, p. 744 et s ; VINEY G., *Traité de droit civil : La responsabilité : Effets*, LGDJ, 1988, n° 192.

⁶⁵GHESTIN J., *Les obligations ; Le contrat : formation*, LGDJ. 1988 cités par KARIMI A., « *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, p. 196 op.cit. p.3.

⁶⁶Jean Calais AULOY et Frank STEIMETZ, *Droit de la consommation*, Précis droit privé, Dalloz, 5^{ème} Ed, p.184.

⁶⁷Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J 1982, 287p. Cité par Louise Poudrier- LEBEL, *les cahiers de droit*, vol.27, n°3, 1986, p. 713-717.

KARIMI, la théorie de l'abus de droit peut servir de base juridique en droit commun pour lutter contre les clauses abusives. En effet, beaucoup de clauses ont été déclarées abusives non sur le fondement de l'article 212-1 du nouveau code de la consommation prohibant de telles clauses, mais sur celui de l'article 1134 du code civil relatif à la théorie plus générale de l'abus de droit⁶⁸. On peut en déduire que cette théorie peut constituer le fondement juridique de l'annulation des clauses abusives par le juge. Et cela aussi bien sur le terrain de la formation du contrat, que sur celui de son exécution. Car, « *celui qui, en contractant cherche à profiter excessivement de sa situation, abuse de son droit subjectif de contracter. En exerçant ce droit, les contractants doivent pouvoir négocier librement les droits et obligations qui découlent du contrat. Chercher à utiliser le droit de contracter pour imposer sa volonté à son partenaire, c'est détourner ce droit de sa propre finalité. La sanction de cet abus est de priver d'effet le contrat ou les clauses du contrat qui sont le résultat de cet abus, donc la nullité totale ou partielle du contrat selon le cas* »⁶⁹.

A côté de la théorie de l'abus de droit, le principe de bonne foi constitue aussi un instrument de lutte contre les clauses abusives. Le principe de bonne foi sert à sanctionner de façon générale, le déséquilibre contractuel. A vrai dire, le droit sénégalais des obligations n'accorde pas une place importante à la bonne foi dans l'exécution du contrat. En effet, à s'en tenir au COCC, il n'exige que le contrat soit exécuté de bonne foi. Naturellement, pourrait-on dire, il devrait en être ainsi⁷⁰. Dans la formation du contrat, les parties doivent être de bonne foi, ce qui signifie qu'elles doivent se conformer à une certaine morale. Un courant doctrinal français considère que l'élimination des clauses abusives trouve sa justification dans le principe de bonne foi contractuelle comme le souligne d'ailleurs expressément la directive communautaire du 05 avril 1993⁷¹. En effet, cette directive considère qu'une clause peut être aussi abusive lorsqu'elle « *est incompatible avec les exigences de bonne foi* » ; « *lorsqu'elle engendre une exécution du contrat*

⁶⁸KARIMI A., « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er févr. 1995 », *JCP* 1996. I. 3918

⁶⁹Abbas KARIMI, « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *ibid.*

⁷⁰J. L. CORREA, Cours de Droit des Obligations, UASZ, inédit, p.81. En effet, il est fait référence uniquement à l'article 103 du COCC.

⁷¹CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, CALAIS-AULOY J., *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, *RTD civ.* 1994. p.239 et s. REMY P., *Droit des contrats, questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, *Economica*, 1987, p. 271 et s.

indument défavorable au consommateur » ou « *lorsqu'elle est significativement différente de celle à laquelle le consommateur pouvait légitimement s'attendre* »⁷².

La notion de bonne foi est de plus en plus souvent retenue par le juge dont l'interventionnisme croissant a pour but la meilleure équité contractuelle qui semble plus nécessaire aujourd'hui que le respect de la volonté autonome des contractants.⁷³

Les tribunaux (allemands) utilisent directement ce principe pour éliminer les déséquilibres contractuels les plus choquants. Le droit positif allemand s'est très vite emparé de la question des « *conditions générales d'affaires* »⁷⁴ en élaborant un système de protection contre les éventuelles stipulations abusives qu'on pourrait déceler dans les contrats d'adhésion. Le juge Allemand s'est fondé sur la bonne foi en jugeant qu'il était immoral que l'un des cocontractants profite de sa situation de monopole ou de sa puissance économique pour imposer à l'autre contractant certaines conditions léonines. Le juge allemand poursuivra dans cette logique, en passant d'un contrôle du moyen d'établissement des conditions générales à celui de leur contenu, fut ainsi éradiqué les clauses qui apparaissaient inconciliables avec le principe de loyauté et de confiance réciproques figurant dans le Code civil (BGB), c'est-à-dire celles qui étaient injustes et contredisaient l'équité et la bonne foi⁷⁵. Les juges français auraient pu aboutir au même résultat que la jurisprudence allemande par une application audacieuse de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, relatif à la bonne foi⁷⁶. La situation est différente dans le système juridique français, car même si la notion de bonne foi inspire sans doute certaines règles ou certaines décisions, elle ne constitue pas en elle-même une technique juridique autonome.⁷⁷

En outre, il est justifié que, lorsque le contrat d'adhésion est complexe et difficile à lire, l'adhérent, qui n'a en général, ni le temps, ni les connaissances nécessaires pour le lire, doit

⁷²1^e Chambre civile de la cour de cassation française, 10 août 1996

⁷³ Brigitte Hess- FALLON et Anne- Marie SIMON, *Droit civil*, 10^e Edition Dalloz, p.263.

⁷⁴Déjà juste après la première guerre mondiale. En ce sens, cf. « Pour une comparaison du droit français et allemand », v. not. A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française) », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 221 s...

⁷⁵Pour une présentation complète de l'évolution de la jurisprudence allemande V. A. Rieg, spéc. p. 233-236.

⁷⁶En ce sens, v. J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 8^e éd, 2010, n° 173 ; A. Rieg, art. Préc. Spéc. p. 233-234.

⁷⁷ J. CALAIS- AULOY, F. STEINMETZ, op.cit. p.184.

pouvoir se fier à la bonne foi du stipulant et à ses affirmations⁷⁸. Non seulement celui-ci doit ne pas induire l'adhérent en erreur, mais il doit même lui fournir des explications suffisantes. Le Tribunal de Vitré, dans un jugement du 23 décembre 1949⁷⁹ avait tenu pour inexcusable l'erreur du souscripteur d'un contrat de crédit différé en observant que celui « *qui n'a pas lu les clauses du contrat ou qui n'a pas compris le mécanisme du prêt est mal venu à exciper de l'erreur due à son ignorance ou à sa négligence* ». La Cour d'appel de Rennes a réformé cette décision⁸⁰. Notant le caractère sibyllin de la convention, elle a tenu compte de ce que le souscripteur, simple cultivateur, était contraint, en raison de la complexité du contrat proposé, de se fier entièrement à la bonne foi de son cocontractant. Donc, la bonne foi apparait comme un contrepoids à la liberté contractuelle, en ce qu'elle tend aujourd'hui à devenir une valeur contractuelle essentielle, un principe directeur du droit des contrats et un remède aux excès contractuels.

En définitive, nous constatons que la théorie d'abus de droit et le principe de bonne foi ont pour réelle finalité de corriger les déséquilibres contractuels pouvant naître de tous les contrats y compris ceux mettant en rapport professionnels et consommateurs.

B. L'extension de la cause

Notion juridique complexe⁸¹, la théorie de la cause peut fonder une remise en cause du contrat ou de certaines de ses clauses. La cause peut être utilisée comme instrument de rééquilibrage du contrat. Elle est une condition de validité du contrat, à côté du consentement, de l'objet et de la capacité. En introduisant la cause dans le COCC comme condition de validité du contrat, on a souhaité à contrario, qu'aucun contrat ne puisse exister si l'individu qui s'engage n'en tire aucun intérêt. Ainsi, la cause s'apparente en un instrument de protection de l'équilibre contractuel.

⁷⁸Olesea plotnic, *les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, aspects de droit français, moldave et de l'union européenne*, op.cit. p.18.

⁷⁹Trib. Civ. Vitré, 23 déc. 1949, Gaz. Pal. 1951. 1. 27. Cf. pour une attitude similaire mais concernant le problème de la connaissance dans le cas des illettrés. Civ. 25 juill. 1898, S. 99. 1. 74.

⁸⁰Cour d'appel de Rennes, 26 oct. 1950, Gaz. Pal. 1951. 1. 27.

⁸¹Bête noire d'un grand nombre d'étudiants, beaucoup d'entre eux ne garderont pas un grand souvenir de cet animal curieux qu'est la cause. Celle-ci ne recueille pas l'unanimité : traitée « d'hippogriffe impossible à maîtriser » par le professeur Philippe Remy, elle fait également l'objet d'une plaisanterie bien connue et citée de nombreuses fois notamment par le Professeur Denis Mazeaud reprenant le Professeur Rouast « si vous avez compris la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliquée ».

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

Aujourd'hui, la théorie de la cause a connu de nouveaux développements dans une vision plus économique et renouvelé du contrat où elle devient un instrument de contrôle d'une utilité économique et d'un équilibre des prestations.

La notion de cause recouvre deux intérêts distincts, mais interdépendants. Le premier est la contrepartie immédiate que le débiteur reçoit par suite de son engagement, c'est la cause objective reprise par l'article 77 du COCC qui dispose que « *l'absence de cause pour l'une des obligations nées du contrat rend celui-ci annulable. Le contrat est valable bien que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée. (...)* ». Le second intérêt recouvre les motifs qui ont pu pousser une partie à s'engager, c'est la cause subjective dont le fondement est l'article 76 du COCC en vertu duquel « *le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le caractère déterminant du motif est établi lorsqu'il résulte des circonstances de formation du contrat que les parties ne pouvaient ignorer la cause.* ».

La notion de déséquilibre ne fait pas seulement songer à la lésion et aux vices de consentement, elle renvoie encore au concept de cause, plus précisément à celui de cause contrepartie⁸². Si une clause déséquilibre gravement le contrat au profit du professionnel, on pourrait considérer que l'obligation du consommateur n'a plus de contrepartie véritable et donc qu'elle est nulle pour absence de cause. La cause peut, en effet, se définir comme étant l'intérêt des parties à conclure le contrat : elle mesure ainsi l'utilité. La doctrine moderne estime que, plus qu'un échange de consentements, le contrat est un échange de prestations, de valeurs, donc, un équilibre libre doit régner sur les droits et obligations réciproques des parties, sinon il y a absence de cause au moins partielle. Elle permet une sorte de « *police des clauses* » ; le contrôle de la finalité du contrat par le juge ou le législateur est donc socialement nécessaire. Elle est aussi indispensable à la moralisation des contrats. L'équilibre contractuel concerne davantage la notion de cause de l'obligation, puisqu'il suppose une analyse des contreparties. La jurisprudence et la doctrine ont parfois utilisé cette notion pour remédier à des déséquilibres, en procédant notamment à une analyse plus globale du contenu du contrat.

⁸²RZEPECKI N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, Université Robert Schuman Strasbourg III 1998, p.143, 614 p.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

Un arrêt dit Chronopost⁸³ de la cour de cassation française a redonné toute son importance à la cause dans le contrat. en effet, la cour s'est fondée sur l'article 1131 du code civil, l'équivalent de l'article 77 du COCC, pour annuler les clauses limitatives de responsabilité, notamment celles visant à limiter ou à écarter la responsabilité d'un des contractants. Ce genre de clauses se trouve souvent dans les conditions générales des contrats de consommation.

En l'espèce, un colis, envoyé par l'intermédiaire de Chronopost, n'était pas arrivé dans les délais rapides prévu au contrat et cette défaillance avait été lourde de conséquences pour l'expéditeur. Le contrat comportait une clause de non responsabilité ; l'expéditeur n'était pas un consommateur, mais une entreprise ; la Cour de cassation française, pour ne pas déclarer cette clause abusive (puisque c'est un contrat entre professionnels) a cependant retenu la responsabilité du transporteur au motif de la cause essentielle de ce contrat, justifiant un prix élevé était la rapidité de la livraison.

Le choix de cette sanction montre le souci de rééquilibrer le contrat en faveur de la partie économiquement la plus faible. En quelque sorte, la cour a voulu éradiquer une clause abusive. En passant par l'obligation essentielle, la cour de cassation se place dans la logique du droit commun et pose une condamnation de principe des clauses portant atteinte à l'essence même du contrat. La cause subjective de l'obligation est le moyen de parvenir à ce résultat, en effet, ce rééquilibrage du contrat implique que les parties puissent, par leur seule volonté, créer des obligations essentielles.

Cette jurisprudence a de si particulier, en ce sens qu'elle a pu éliminer une clause abusive, non sur le fondement de l'article 212-1 du code de la consommation mais par l'usage de la cause. Mais, elle a été critiquée à juste raison d'ailleurs⁸⁴. Néanmoins, elle permet de justifier l'usage de la cause pour éradiquer des clauses jugées abusives.

⁸³Arrêt Chronopost : Com., 22 oct. 1996 (D. 1997.J.121, note SERIAUX A., et Som. 175, obs. DELEBECQUE Ph.; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 24, note LEVENEUR L.; RTD civ. 1997.418, obs. MESTRE J.). V. LARROUMET Ch., « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D. 1997.chron.145 ;

GUEGUEN J.M., « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999.chron.352.

⁸⁴Elle est en contradiction flagrante avec la notion de cause objective, en effet, par le visa, qu'ils utilisent, les juges rattachent l'obligation essentielle à la notion de cause. On peut donc en déduire que, selon eux, l'obligation de rapidité était la cause de l'engagement de payer de la société expéditrice. Ceci contribue encore à mettre à mal la théorie de la cause objective qui, si on l'appliquait, conduirait à déduire que la cause de l'engagement de payer de la société expéditrice est le simple envoi du pli. En incluant, la rapidité de l'envoi dans le contrôle de l'existence de la cause, la cour s'attache aux motifs qui ont poussé la société expéditrice à contracter, motifs qui sont normalement exclus de ce contrôle.

En outre, à côté des instruments généralement applicables à toutes les situations contractuelles, il subsiste d’autres règles ayant un champ restreint qui permettent aussi de lutter contre les déséquilibres contractuels.

Paragraphe II : Les Règles ayant un champ restreint luttant contre les déséquilibres.

A côté des règles ayant une portée générale puisqu’applicable à tous contrats et à tous les contractants, il existe d’autres instruments tirés du droit commun dont la finalité est effectivement de corriger des déséquilibres contractuels même si ils sont destinés à des situations bien déterminées. Il s’agit en effet, de l’enrichissement sans cause (A) et de la lésion (B).

A. L’enrichissement sans cause

Principe selon lequel nul ne peut s’enrichir sans cause légitime aux dépens d’autrui, l’enrichissement sans cause permettrait de lutter contre les déséquilibres contractuels. En introduisant dans le contrat de consommation des clauses lui permettant d’en tirer des avantages excessifs, le professionnel peut s’enrichir illégitimement aux dépens du consommateur. Il s’avère donc opportun de vérifier, si la théorie de l’enrichissement sans cause permet de contrôler les clauses abusives⁸⁵. En effet, dans le cas des clauses abusives, nous sommes en face d’un problème moral que pose le déséquilibre des prestations en faveur de la partie la plus forte. Ainsi, on peut songer au principe selon lequel, nul ne doit s’enrichir aux dépens d’autrui : celui qui rédige des clauses à son unique avantage s’enrichit-il aux dépens de son contractant ? En se fondant sur l’esprit de l’article 160 du COCC, on constate qu’il existe un rapport flagrant entre la finalité de l’insertion de clauses déséquilibrées et l’enrichissement souhaité. En effet, quand l’enrichissement a été obtenu aux dépens d’autrui, l’appauvrissement de l’un est l’enrichissement de l’autre⁸⁶. On observe là une manifestation de lien de causalité. La notion d’enrichissement sans cause est d’origine jurisprudentielle⁸⁷, elle permet de rétablir un équilibre

⁸⁵BRICKS H., Les clauses abusives, op.cit., n° 29; TAHITA J.-C., « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats », p. 147 et s cité par KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit », LGDJ, 2001, p. 179 bas de page.

⁸⁶RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition, LGDJ, 1949, p.261, 421 p.

⁸⁷Arrêt « Patureau Mirand », Cass. Req., 17 mars 1857, DP 1857. 1. 150.

indûment rompu entre deux patrimoines. La justification même de l’action de in rem verso se trouve dans l’absence de cause à l’enrichissement. L’enrichissement sans cause, ou l’action in rem verso, a pour objet de remédier à un déséquilibre entre les patrimoines des parties au contrat. Il s’agit de l’hypothèse où un cocontractant s’est enrichi au détriment de l’autre sans que cet avantage ne soit la conséquence d’un contrat ou d’une obligation juridique. Lorsqu’un professionnel stipule dans ses contrats des clauses à son seul avantage, l’enrichissement qu’il en tire créé nécessairement un déséquilibre dans ses relations avec le consommateur et ne peut se justifier du seul fait que le contrat ait été signé par les deux parties. Ainsi, une clause abusive, qui même si elle résulte d’un rapport contractuel, mais du fait du déséquilibre significatif qu’elle engendre pour une partie, pourrait être perçue d’une certaine manière comme de l’enrichissement sans cause. Ripert écrivait que : « *l’action de in rem verso, fondée sur le principe d’équité, défend de s’enrichir au détriment d’autrui...* »⁸⁸.

Cependant, il faut relativiser, l’usage de cette notion n’est pas d’un grand secours dans la lutte contre les clauses abusives au regard des conditions exigées pour sa mise en œuvre, lorsque l’on sait que si la clause enrichit le contrat, la cause de cet enrichissement réside dans le contrat. Néanmoins, en dépit de cela, cette notion colle parfaitement à la problématique des clauses abusives, et pourrait ainsi constituer un instrument de lutte contre certains abus contractuels, comme c’est le cas aussi pour la lésion.

B. La théorie de la lésion

Le principe de la liberté contractuelle voudrait que le juge ne se soucie pas du déséquilibre des prestations, à moins que le consentement de la partie lésée n’ait été vicié. En vertu des dispositions de l’article 75 du COCC, la lésion résulte du déséquilibre des prestations promises dans le contrat au moment de la formation du contrat. En effet, la lésion fait appel à l’équilibre de l’opération contractuelle, il s’agit de constater la valeur de l’objet qui doit établir l’équivalence des prestations contractuelles, donc le préjudice pécuniaire qui résulte d’un déséquilibre ou d’un défaut d’équivalence entre ces prestations.⁸⁹

⁸⁸RIPERT G., *ibid.*

⁸⁹ J. GHESTIN, *la formation du contrat*, op.cit.p.764.

La lésion qui est un préjudice résultant d'un déséquilibre grave entre les prestations que se doivent réciproquement des contractants liés à un contrat à titre onéreux, résulte d'un prix excessif ou insuffisant. Il existe une volonté inavouée d'introduire la lésion qualifiée en droit positif français⁹⁰. Au moment de la formation du contrat, la jurisprudence veille à ce que l'une des parties n'abuse pas de sa puissance économique pour imposer un déséquilibre contractuel important (*laesio enormis*). Le souci réside alors dans un rééquilibrage du contrat ou bien par l'éradication de certaines clauses⁹¹. L'idée de lésion s'applique également lors de l'exécution ou de la rupture de contrats mettant en relation des parties de puissances économiques manifestement disproportionnées, si le juge constatait des déséquilibres excessifs entre les prestations réciproques. Par exemple, en matière de détermination du prix, les arrêts de l'assemblée plénière envisagent explicitement la possibilité d'octroyer une indemnisation à la partie victime de prix excessifs. Ce qui revient, sous une autre forme, à opérer une révision partielle du contrat pour cause de lésion. Le même raisonnement explique l'obligation de renégocier un contrat devenu déséquilibré ; l'imprévision n'est que la lésion appliquée au moment de l'exécution du contrat⁹². Même si la lésion ne saurait s'appliquer à toute inégalité de prestations, mais si on l'admet comme Demogue que la lésion trouve son fondement dans une inégalité telle « *qu'elle risque d'atteindre profondément un contractant* », ne pourrait-on pas l'utiliser pour remettre en cause des situations contractuelles gravement disproportionnées au détriment d'un contractant et ainsi rétablir « *l'équilibre voulu* ».

Cependant, il faut distinguer la lésion de l'imprévision, la lésion s'apprécie au moment de la conclusion de l'acte, il y a imprévision quand un déséquilibre se produit dans les prestations contractuelles par suite de fluctuations économiques postérieures au contrat. La thèse de l'imprévision a été admise récemment par la jurisprudence civile.

La théorie de la lésion permet une meilleure justice contractuelle. En effet, le droit canonique estimait que ne pas contracter à juste prix constituait un péché et devait donc être juridiquement sanctionné. Le législateur moderne intervient d'ailleurs souvent pour protéger le plus faible, le

⁹⁰PLOTNIC (O), *les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, aspects de droit français, moldave et de l'union européenne*, op.cit.

⁹¹Cass. com., 22 Oct. 1996: D. 1997, p. 121, note SERIAUX A.; JCP G 1997, II, 22881, note COHEN R.

⁹²CHAZAL J-P., « Conditions de la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive », JCP G n° 21, 20 Mai 1998, II 10085

moins expérimenté. En certains droits étrangers⁹³, tout contrat peut être annulé ou révisé, si la prestation de l'une des parties est disproportionnée par rapport à la prestation de l'autre partie. Au Sénégal, la lésion joue un rôle beaucoup plus réduit car elle ne vicie les conventions que dans certains cas particuliers⁹⁴.

Cependant, en France, la législation sur les clauses abusives tente depuis longtemps⁹⁵ de dissocier le caractère abusif d'une clause à la notion de lésion. Mais certains doctrinaires comme Monsieur Stoffel-Munck tempèrent en soutenant la survie de l'idée de lésion dans la notion de caractère abusif d'une clause, lorsqu'il soutient que « *le mécanisme technique de la lésion est bien mis à l'écart, mais l'idée dont il procède paraît demeurer : c'est bien à un meilleur équilibre des prestations qu'on entend aboutir en privant le professionnel de certains avantages qu'il s'était réservés* »⁹⁶

Pour certains auteurs, il existe une certaine parenté entre la notion de lésion et celle de clauses abusives. Carbonnier considère que « *l'abus de puissance économique à l'effet d'obtenir un avantage excessif est comme une forme secondaire de la lésion* »⁹⁷. Le propos de J. Ghestin va dans ce sens : « *En tant qu'instrument d'une meilleure justice contractuelle, l'interdiction des clauses abusives peut être rapprochée de la lésion* »⁹⁸. G. Berlioz souhaitait « *la généralisation de la lésion... particulièrement dans les contrats d'adhésion* »⁹⁹. Un autre auteur, commentant un arrêt du 25 mai 1992 de la Cour de cassation rendu sur la notion de consommateur, estime qu' : « *En statuant comme elle le fait, la cour pourrait bien réveiller la vieille querelle*

⁹³V. en droit Allemand (§ 138 BGB), en Suisse (art.21 CO) ; au Québec (loi sur la protection des consommateurs, art.8). V. TANGELIN, « la justice contractuelle : expérience et perspective au Québec », *RID comp.* 1978.1009 ; RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats, esquisse comparative des solutions allemandes et françaises », *op.cit.*, p.221 ; MICKLITZ, « Protection du consommateur et marché intérieur », *RTD eur.*1992.515. Cité par C. AULOY, *op.cit.* p.161.

⁹⁴Article 75 du COCC, « La lésion n'entraîne pas la nullité du contrat, sauf dans les hypothèses expressément prévues par la loi. », ainsi, on ne peut invoquer la lésion qu'en matière d'incapacité et de partage.

⁹⁵Rappelons qu'en 1978, l'expression « déséquilibre manifeste entre les droits et obligations » avait été écartée au motif qu'elle revenait à consacrer la lésion en droit de la consommation, v. Discussion par l'Assemblée Nationale du 8 décembre 1977, *JORF*, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Année 1977-1978, n° 115 du vendredi 9 décembre 1977, not. Intervention de J. FOYER, p. 8466.

⁹⁶Ph. Stoffel-Munck, Th. préc, n° 408.

⁹⁷CARBONNIER V.J., *Droit civil, Les obligations*, 15e éd. PUF, Paris 1991, p.79, 664.

⁹⁸GHESTIN J., *Les obligations, Le contrat*, Traité de droit civil, L.G.D.J 1980, p.590, 846 p.

⁹⁹BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, L.G.D.J, Paris 1973, p.189, 204 p.

concernant la lésion dans les contrats en ajoutant aux mineurs et aux incapables majeurs un nouveau personnage dont les intérêts ne doivent pas être lésés, le consommateur »¹⁰⁰.

Même si les limites entre la notion de lésion et celle de clause abusive ont bien été dessinées après la loi française de 1995, qui à l’instar de la directive communautaire européenne de 1993, précise que l’appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas « *sur l’adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* » ; la lésion demeure néanmoins applicable dans la lutte contre les clauses abusives, si l’on se réfère à l’arrêt de la CJUE de 2010, Caja de Ahorros de Madrid¹⁰¹ qui autorisait des annulations de prix trop déséquilibrés, donc lésionnaires. La lésion ne peut être définie que par rapport à la situation idéale d’un contrat équilibré. En dépit de l’incertitude qui règne autour de la notion du contrat, il reste possible de lui assigner certaines finalités, communes à l’ensemble des instruments juridiques¹⁰². Support de l’échange de valeurs, le contrat est soumis à l’exigence de justice corrective. Ainsi, la lésion est un déséquilibre contractuel, une rupture de l’équivalence entre les prestations réciproques des contractants.

La protection des contractants en situation d’infériorité économique, passe par l’utilisation d’un fondement objectif permettant de sanctionner les abus de puissance économique. En effet, tout déséquilibre de puissance économique entre les parties n’est pas nécessairement condamnable ou fautif. De même, l’existence d’un déséquilibre contractuel n’est pas en soi le signe d’un abus de puissance économique. Ce n’est que si l’on est en présence d’un double déséquilibre économique, déséquilibre entre la puissance économique des contractants d’une part, et déséquilibre entre les droits et obligations contractuels d’autre part, qu’il y a un abus de puissance économique susceptible d’être sanctionné sur le fondement de l’article 1135 du Code civil¹⁰³.

Selon Demogue, « *il existe entre la théorie moderne de l’abus de droit et celle plus ancienne de la lésion un certain lien* »¹⁰⁴. Mais force est de reconnaître la supériorité de la lésion, notion principalement objective, sur l’abus de droit, notion subjective, pour protéger les parties

¹⁰⁰NICOLAU G., note sous Cassation français 1er Chambre civil du 25 mai 1992 : Dalloz 1993, p.87, n°10

¹⁰¹CJUE 3 juin 2010, C-484/08, Caja de Ahorros, RTD eur. 2010. 695, chron. AUBERT de VINCELLES C

¹⁰²CHANTEPIE G., *La lésion*, LGDJ, coll. Thèses, 2006, p.65.

¹⁰³Cet article, que l’on doit à la plume de Domat (Lois civiles..., I, I, III, 1) inspirée par Gaius (D. 44, 7, 2, 5 : dans les contrats consensuels les parties sont obligées l’une envers l’autre à tout ce qu’exigent d’elles l’équité et le bien), et qui renvoie à l’équité (aequum : juste proportion), est d’une profondeur que n’atteint pas le superficiel et maladroit article 36.5, Ord. 31 déc. 1986.

¹⁰⁴DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, note (3), n° 438.

économiquement faibles¹⁰⁵. En effet, il est plus efficace d'apprécier les déséquilibres économiques que de sonder la volonté des personnes pour tenter de savoir si leur comportement a été dicté par une intention de nuire. Plus fondamentalement, la lésion se rattache à une conception sociale du droit, loin du subjectivisme moderne. L'absence partielle de cause renvoie, pour la doctrine, à la notion de lésion¹⁰⁶.

Finalement, nous constatons que les divers instruments de droit commun précités ont une finalité identique, celui de restaurer l'équilibre contractuel. Ce qui justifie la mise en œuvre de procédés permettant soit de prévenir des déséquilibres, soit de les sanctionner.

Section II : Les procédés de droit commun permettant de restaurer l'équilibre contractuel.

Divers procédés sont familiers aussi bien au droit commun qu'aux contrats spéciaux. Ils ont pour but de restaurer l'équilibre contractuel dans les contrats. Nous étudierons deux procédés, le premier renvoie à la prédétermination de clauses équilibrées qui fait appel au législateur et au pouvoir réglementaire (Paragraphe I), le second quant à lui est issu du droit commun des contrats, il consiste à sanctionner des clauses déséquilibrées par l'emploi des mécanismes de sanctions tiré du droit commun (Paragraphe II).

Paragraphe I : La restauration de l'équilibre par la prédétermination de clauses équilibrées.

Des lois et des règlements ou des accords collectifs déterminent par avance le contenu de certains contrats, dans le dessein d'établir un certain équilibre entre les intérêts en présence¹⁰⁷. La prédétermination de clauses équilibrées suppose le contrôle des contrats pré-rédigés par le législateur, mais dans certaines situations cela revient au pouvoir réglementaire comme ce fut le cas en France. Cet interventionnisme est fondé en son principe(A). C'est ainsi que le contenu de certains contrats renvoie à des dispositions impératives (B).

¹⁰⁵CHAZAL J-P., « Conditions de la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive », *op.cit.*

¹⁰⁶J.P. GHAZAL, " théorie de la cause et justice contractuelle" JCP.1998.I.152, spéc. N° 10.

¹⁰⁷J. CALAIS AULOY et H TEMPLE, *le Droit de la consommation*, *op.cit.* p.239

A. Le fondement de la prédétermination du contenu contractuel

L'économie de marché est à l'origine de rapports de forces déséquilibrées entre partenaires commerciaux. Ces déséquilibres sont inévitables, mais ne doivent pas se traduire symétriquement par un déséquilibre dans les rapports contractuels entre les parties. L'équilibre contractuel est commun au droit de la consommation et au droit de la concurrence. Si d'une part, les relations commerciales inter-entreprises sont et restent régies par le principe de la liberté contractuelle, cette liberté n'est pas sans contrainte puisqu'elle a pour corollaire la responsabilité des opérateurs qui doivent s'assurer que leurs pratiques commerciales sont conformes aux règles de la concurrence et ne génèrent pas d'abus. D'autre part, sur le terrain du droit de la consommation, l'équilibre contractuel s'est bâti sur la nécessité de devoir remédier par l'intervention de la loi et du règlement aux déséquilibres structurels qui caractérisent les relations entre professionnels et consommateurs. En effet, l'autonomie de décision du consommateur et sa capacité de négociation se trouve limitée, notamment du fait que les relations entre professionnels et consommateurs se traduisent le plus souvent par la souscription de ces derniers à des contrats d'adhésion. Pour ces raisons, le législateur et le pouvoir réglementaire sont venus dans un certain nombre de cas encadrer la liberté contractuelle des parties en précisant les conditions de formation et d'exécution des contrats ainsi que leur contenu. Les règles qui encadrent les relations économiques de la production primaire jusqu'au consommateur constituent « *l'ordre public économique* »¹⁰⁸ dont l'Etat est le garant et qui sans opposer producteur, distributeur et consommateur vise à créer un climat de confiance dans l'économie favorisant ainsi l'investissement.

Il importe de se poser la question de savoir pourquoi le législateur intervient dans le contrat ? Tout est parti de ce que d'aucuns ont appelé « *la crise du contrat* »¹⁰⁹ qui s'est traduit par un renforcement de la réglementation des contrats s'apparentant ainsi à des statuts. En effet, le contrat est fondé sur l'autonomie de la volonté. Mais à la lumière des contrats d'adhésion et précisément des contrats de consommation, on observe un profond déséquilibre de fait rejaillissant nécessairement sur les droits et obligations des parties au contrat. Ainsi, pour faire

¹⁰⁸L'ordre public économique tend davantage à déterminer le contenu des contrats. Les règles d'ordre public économique sont celles qui s'imposent aux marchés. Ces règles sont essentiellement relatives à la concurrence et à la loyauté commerciale entre entreprises et aux relations entre entreprises et consommateurs.

¹⁰⁹ BATIFFOL (H.), « La crise du contrat », in archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13.

face, le législateur renforce le cadre contraignant pour des nécessités de justice et d’équilibre contractuel. Donc, l’interventionnisme du législateur dans la sphère contractuelle est justifié par la prise en compte de l’ordre public économique. En effet, les règles d’ordre public économique sont celles qui s’imposent aux marchés. Ces règles sont essentiellement relatives à la concurrence et à la loyauté commerciale entre entreprises, mais elles se réfèrent surtout aux relations entre entreprises et consommateurs. Cet ordre public vise à rétablir les déséquilibres qui naissent du champ contractuel¹¹⁰. L’ordre public économique s’occupe de la réglementation directe des échanges de richesses et de services. Contrairement à l’ordre public politique qui vise plutôt l’interdiction des contrats, l’ordre public économique tend davantage à déterminer le contenu des contrats¹¹¹. En effet, l’ordre public économique de protection justifie la prédétermination de dispositions impératives dans les contrats de consommation. Plusieurs lois visant la protection du consommateur s’appuie sur cet ordre public.

B. Le contrôle des contrats de consommation par l’insertion de clauses équilibrées.

L’accroissement du nombre de contrats d’adhésion joint à une conscience accrue des abus qu’ils peuvent engendrer, a conduit à ajouter de nouveaux remèdes à ceux que la jurisprudence avait pu déduire du droit commun des contrats. Ces protections du faible contre le fort proviennent de divers horizons¹¹² parmi lesquels on peut citer la protection accordée par le pouvoir réglementaire. Des considérations tenant à l’ordre public économique permettent à l’autorité publique de constater la nullité de clauses illicites en imposant des clauses types. On est passé véritablement de la conception du contrat « *convenu* » ou « *chose des parties* » au contrat « *chose du législateur* », dans le dessein de protéger les intérêts du consommateur.

¹¹⁰S.V. P. NKWENGOUA *Les contrats d’adhésion à l’épreuve de la loi cadre n°2011/012 du 06 mai 2011 portant protection des consommateurs au Cameroun*, Mémoire de Master, FSJP- Université de N’Gaoundéré – Master II Recherche Droit privé 2011, www.memoireonline.com/04/15/9081/Les-contrats-d-adhesion-a-l-epreuve-de-la-loi-cadre-n2011012-du-06-mai-2011-portant-protection-d.html (consultation faite pour la dernière fois le 01 octobre 2016).

¹¹¹J. Ghestin, *les obligations : le contrat : formation*, Paris; L.G.D.J., 2^e Ed. ; 1988, p.122

¹¹²Du consommateur d’abord, en effet agissant isolément le consommateur est notamment mieux à même de se défendre dans la mesure où le droit positif favorise préventivement son information éclairée ; ensuite il y a la protection offerte par le juge, puis par la loi. V. en ce sens TERRE F. et SIMLER P, *droit privé ; les obligations*, Dalloz, 8^e Ed. p. 203 et 204.

Ainsi, des lois, règlements ou accords collectifs déterminent par avance le contenu de certains contrats, de façon à établir un équilibre entre les intérêts en présence. Il s'agit non seulement d'éviter les clauses abusives, mais c'est aussi dans un souci de construire le contrat dans son ensemble. Celui-ci reste un contrat pré-rédigé, mais au lieu d'être pré-rédigé unilatéralement par la partie professionnelle, il l'est par les pouvoirs publics qui édictent des dispositions impératives, ou par une négociation qui aboutit à un accord collectif¹¹³. Le désir de protéger le contractant le plus faible conduit, pour certains contrats, à l'intervention du législateur. Des textes impératifs déterminent par avance les obligations qui naissent du contrat.¹¹⁴ Les clauses contraires sont frappées de nullité, même si elles résultent d'un accord de volontés entre contractants. Le contrat se rapproche par-là de l'acte que certains auteurs de droit public appellent « acte-condition », l'accord de volonté ne détermine pas lui-même les obligations qu'il engendre, il se borne à déclencher l'application d'un statut légal et réglementaire. On ne rencontre, cependant aucun contrat de droit privé qui soit totalement un « *acte-condition* » : les textes impératifs laissent toujours subsister une marge de liberté contractuelle plus ou moins grande selon les cas.¹¹⁵

Plusieurs contrats de consommation ont fait l'objet de dispositions impératives, il existe des modèles dont certaines clauses doivent y figurer à peine de nullité de la convention :

- Les opérations de crédit¹¹⁶
- Le contrat d'assurance¹¹⁷
- Le louage d'habitation

Cependant ; les clauses pré-rédigées restent soumises au contrôle du pouvoir réglementaire comme en France par exemple, et ceci est antérieur à l'instauration de la commission des clauses

¹¹³J. C. AULOY, *op.cit.*p.179.

¹¹⁴ Ne pas confondre ces textes qui déterminent les obligations nées du contrat, avec ceux qui visent seulement l'information du consommateur.

¹¹⁵ Dans cette marge, les règles concernant les clauses abusives peuvent trouver application comme le précise le professeur AULOY dans son ouvrage *Droit de la consommation*, Dalloz, 4^e Ed, p.180

¹¹⁶ Se référer aux articles 525 et suivants du COCC, par exemple pour ce qui est du prêt d'argent pour usage à la consommation l'article 542 dispose que « Le prêt stipulé avec intérêt, lorsqu'il a été fait en argent, doit faire l'objet d'un contrat écrit, visé par un notaire ou un fonctionnaire devant lequel a lieu la numération des deniers en présence des parties..... »

¹¹⁷ Article 8 code CIMA

abusives.¹¹⁸ Ainsi, au-delà de leur mission d’émetteur de recommandations ou d’avis, et bien qu’elles n’aient pas de pouvoir de décision, les commissions administratives exercent une influence sur les agissements des professionnels.

En outre, la restauration de l’équilibre contractuel peut aussi se faire par la sanction des déséquilibrées à travers les méthodes de droit commun.

Paragraphe II : La restauration de l’équilibre par la sanction des clauses déséquilibrées.

Le droit commun ne se contente pas de consacrer des instruments de lutte contre les déséquilibres contractuels, il a adopté un arsenal assez varié de sanctions contre ces abus. Il existe diverses sanctions visant à éliminer ou à édulcorer certaines clauses contractuelles, parce que celles-ci confèrent à l’un des contractants un avantage excessif sur l’autre.

Même si l’expression « *clause abusive* » n’est pas employée, c’est bien de cela qu’il s’agit¹¹⁹.

Donc, la restauration de l’équilibre contractuel passe nécessairement par la sanction des clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer des déséquilibres dans les prestations des parties au contrat. Les sanctions opérées par le droit commun s’avère parfois pas bénéfique pour la partie lésée¹²⁰.

En France, ces sanctions sont pour la plupart antérieures à 1978, donc plus anciennes que celles qui figurent dans le code de la consommation. Elles ont une application plus large quant aux contractants, car elles ne sont pas réservées uniquement aux contrats entre professionnels et consommateurs ; mais une application plus étroite quant aux clauses, car chaque sanction ne concerne qu’une clause bien déterminée.

Cependant, ces sanctions ne sont pas écartées par le système du code de la consommation : elles peuvent donc s’appliquer aux contrats entre professionnels et consommateurs. Elles sont dès lors devenues moins utiles pour les consommateurs depuis que ceux-ci bénéficient d’un système

¹¹⁸Le contrôle ou la surveillance des contrats de consommation par le pouvoir réglementaire est ancien, avant la création de la commission des clauses abusives. En effet, au lendemain de la loi du 1 aout 1905 sur les fraudes et les falsifications, il est apparu plus que nécessaire de créer une administration spécialisée, ayant pour mission de contrôler le respect de ladite loi.

¹¹⁹ J. CALAIS AULOY et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, op.cit, p.203

¹²⁰ Cf. Chapitre I Partie II relative aux limites des mécanismes de droit commun dans la lutte contre les clauses abusives.

de protection qui leur est propre. Mais, elles ne sont pas dénuées de tout intérêt pour eux, car elles peuvent être invoquées en complément de celles du code de la consommation.

A contrario, au Sénégal, elles constituent les seuls remèdes existant dans la restauration d'un certain équilibre dans les relations de consommation. Ainsi, certaines clauses déséquilibrées peuvent être frappées de nullité ou être réputées non écrites (A), cependant, d'autres peuvent être révisées ou encore être privées d'effet (B).

A. La nullité d'office de certaines clauses

Certaines clauses atteignent si gravement la substance du contrat que les principes généraux du droit civil en font une cause de nullité du contrat tout entier. Elles paraissent déséquilibrées au regard des effets qu'elles peuvent engendrer. On les rencontre souvent dans des contrats de consommation. C'est ainsi que le COCC les sanctionnent par la nullité.

C'est d'abord le cas de la condition potestative, clause faisant dépendre l'exécution du contrat d'un événement qu'il est au pouvoir de l'un des contractants de faire arriver ou d'empêcher. L'article 66 du COCC dispose que « *l'obligation est nulle si elle est contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige* ». L'article 1174 du code civil français énonce quant à lui, que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige¹²¹.

La même sanction est admise pour la clause permettant à l'un des contractants de déterminer unilatéralement le prix de vente. L'article 269 du COCC dispose à cet effet, que le prix de vente doit être déterminé ou déterminable. Il est fixé librement par les parties sous réserve de la réglementation des prix.

En outre, il arrive qu'un contrat soit annulé s'il porte une clause par laquelle l'un des contractants se trouve tenu pour une durée pouvant se poursuivre indéfiniment. De telles clauses se rencontrent parfois dans les contrats entre professionnels et consommateurs mais la nullité du contrat n'est généralement pas pour le consommateur un remède adéquat. Elle risque même

¹²¹Exemple de condition potestative : vente d'un véhicule sous condition que le vendeur agrée le contrat passé par son préposé (Com., 9 décembre 1980, D. 1981.IR.441, obs. D. Mazeaud ; Contrats, conc. Consom. 1996, n°19, obs. Leveneur ; RTD civ. 1997.128, obs. Mestre).

de se retourner contre lui puisqu’elle l’empêche d’obtenir le bien ou le service qu’il souhaitait se procurer.

B. Les clauses privées d’effet ou encore réputées non écrites.

La restauration de l’équilibre contractuel peut se faire en sanctionnant la clause qui déséquilibre le contrat, en la réputant non écrite. En effet, il existe une catégorie de clauses qui seront réputées non écrites du fait du déséquilibre qu’elles peuvent engendrer. Pour le législateur et la jurisprudence, le caractère excessivement déséquilibré de certaines clauses justifie leur nullité. C’est ici la clause qui est nulle, le contrat restant valable. La clause est ainsi réputée non écrite. Peu importe qu’elle ait été ou non acceptée, elle est nulle en vertu d’une règle d’ordre public visant à protéger l’un des contractants. Il en est ainsi si :

- la clause contredit la portée d’un engagement essentiel pris par l’un des contractants, (le législateur veut ainsi éviter de décevoir l’attente légitime d’une des parties);
la clause tend à écarter ou à réduire la responsabilité d’un des contractants pour dommage corporel causé à l’autre (le corps humain est hors du commerce juridique)¹²². En vertu des dispositions de l’article 152 du COCC, Une clause limitative de responsabilité ne peut, en règle générale, être écartée qu’en cas de dol ou de faute lourde du débiteur¹²³.
- la clause compromissaire limitée aux rapports entre commerçants
- la clause attributive de compétence territoriale réservée aussi aux commerçants.

En définitive, nulle ; privée d’effet ou encore non écrite, la sanction à travers l’emploi des méthodes générales de droit commun constitue, un moyen à priori efficace pour la restauration de l’équilibre contractuelle en faveur du consommateur.

¹²² Ainsi, l’article 152 du COCC dispose que « les dispositions concernant la responsabilité de droit commun ou des régimes particuliers de responsabilité sont d’ordre public. En aucune façon, le débiteur ne peut s’exonérer de la responsabilité d’un dommage causé à la personne ou des conséquences de son dol ou de sa faute lourde. Il ne peut non plus s’exonérer du dol ou de la faute lourde de ses préposés ».

¹²³ V. Application à la clause limitant la responsabilité du professionnel chargé du développement d’une cachette vidéo civ .1^{er}, 24 fév. 1993 : D. 1993. 6, note Agostinelli ; JCP 1993. II. 22166, note Paisant.

Chapitre II : Cadre institutionnel de protection du consommateur contre les clauses abusives

Dans chaque société consumériste, il existe des institutions et organismes étatiques ou privés qui ont pour mission, la protection et la défense des intérêts des consommateurs. A travers cette mission, ces organismes peuvent servir d’une façon directe ou indirecte, à rétablir l’équilibre des relations contractuelles entre les professionnels et les consommateurs ; qui, dans la plupart du temps sont des échanges contractuels déséquilibrés.

En outre, il ne suffit pas de dire qu’une clause est abusive pour qu’elle disparaisse du contrat. En France, la législation issue de la loi du 10 janvier 1978 et de la directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs, a permis la mise en place d’institutions administratives et a facilité l’intervention du juge dans la lutte contre les déséquilibres contractuels des contrats de consommation. En effet, la directive impose aux Etats membres de se doter d’un système adéquat et efficace afin de faire cesser l’utilisation des clauses abusives.

Ainsi, selon l'article 7-2 de ladite directive, ces moyens doivent comprendre des organisations possédant « *un intérêt légitime à protéger les consommateurs* » et pouvant saisir « *les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif* ». Ces autorités doivent être regroupées en deux catégories : le pouvoir judiciaire et les organismes administratifs.

Au Sénégal, l’instauration d’institutions de protection des consommateurs remonte à la période coloniale¹²⁴, mais a été consacrée plus formellement dans la constitution. Le texte fondamental reconnaît une pluralité de droits au consommateur¹²⁵, comme ceux leur permettant de sauvegarder leurs intérêts par des institutions instituées par l’Etat. C’est dans la logique constitutionnelle que la loi 2002-23 du 04 septembre 2002 portant cadre de régulation des

¹²⁴Avec la loi de 1936 portant Création du service de la répression des fraudes et des poids et mesures, modifiée par la loi n° 66-48 du 27 Mai 1966, devenue depuis lors la loi de base, relative au contrôle des produits alimentaires et à la répression des fraudes et par une série de lois et de règlements ayant tantôt un caractère général tantôt une portée sectorielle.

¹²⁵Voir Titre II de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001

entreprises concessionnaires de service public a permis l’instauration des organes de régulation (Section I) qui à travers leur mission de régulateur des transactions permettent de lutter contre les clauses abusives.

Cependant, l’autorité judiciaire (Section II) interviendra en aval, du fait qu’il revient à elle d’apprécier au cas par cas le caractère abusif d’une clause. Mais en l’absence de réglementation spécifique sur les clauses abusives, l’intervention se fera uniquement par l’emploi des mécanismes de droit commun.

Section I : Les organismes concourant à la lutte contre les clauses abusives

La finalité principale d’une réglementation sur la protection des consommateurs est de permettre la mise en place d’un cadre institutionnel satisfaisant qui passe nécessairement par la création d’organismes publics indépendants. Au Sénégal, cela se manifeste par l’existence d’organes de régulation (Paragraphe I) chargés notamment, d’assurer le contrôle et l’application effective de la réglementation sur la protection des consommateurs¹²⁶. Ces organes de régulation sont appuyés par des départements ministériels, dont le Ministère du Commerce de l’Entrepreneuriat et du secteur informel qui est composé de diverses entités que sont : la Direction du Commerce intérieur¹²⁷ ; la Direction du Commerce extérieur¹²⁸ et le Conseil National de la Consommation.¹²⁹

Cependant, à côté des organismes étatiques, il existe des acteurs non étatiques, qui ont pour mission principale la défense des intérêts des consommateurs. Il s’agit en effet, des associations de consommateurs (Paragraphe II) qui ont une grande légitimité à l’égard des pouvoirs publics. Naturellement, elles jouent un rôle important dans la lutte contre les clauses abusives dont peuvent être victimes les consommateurs.

¹²⁶L’ensemble des dispositions de la loi cadre (loi n°2002-23 du 4 septembre 2002) qui protègent les consommateurs dans ses relations avec les opérateurs des secteurs régulés

¹²⁷Prépare et met en œuvre la législation et la réglementation applicables aux activités commerciales et, en particulier, celles relatives à la concurrence, à la régulation des marchés et aux prix.....

¹²⁸Veille à ce que les règles en matière d’échanges commerciaux soient adaptées à la taille et aux caractéristiques des entreprises des différents secteurs de l’économie.

¹²⁹En liaison avec le Ministre de l’Economie et des Finances, il est responsable des négociations commerciales internationales et il participe à l’élaboration et à la mise en œuvre des politiques africaines relatives au commerce extérieur et aux prix. Il veille à la protection des consommateurs.

Paragraphe I: Les organes de régulation.

Au regard de la transversalité de la protection du consommateur, sa prise en charge intègre ainsi toutes les autres actions se combinant avec l’action publique dont la régulation¹³⁰. Ainsi, la protection des consommateurs doit rester une préoccupation centrale des organes de régulation. A cet effet, les opérateurs régulés sont tenus d’observer une éthique professionnelle solide et orientée vers la satisfaction des besoins des consommateurs.¹³¹ L’organe de régulation devra veiller à assurer le suivi des transactions entre opérateurs. Cette intervention pourrait prévenir les conflits entre opérateurs souvent préjudiciables aux intérêts des consommateurs. Au Sénégal, la loi n° 2002-23 du 4 septembre 2002 portant cadre de régulation pour les entreprises concessionnaires de services publics, définit le cadre de création et d’organisation d’institutions de régulation des services d’infrastructures.

Elle précise, par la même occasion, ce qu’elle entend par mission de régulation : « A l’instar de la pratique internationale en la matière, la *régulation(...)*, renvoie « *aux mécanismes de correction des défaillances du marché* » (...). Par « *défaillances du marché* », on sous-entend l’ensemble des pratiques prohibées qui affectent les transactions opérées entre les opérateurs et les consommateurs, et par conséquent les clauses abusives en font partie.

De façon générale, la régulation a pour finalité la recherche d’un équilibre dans les relations entre professionnelles et consommateurs et ceci dans l’intérêt des derniers cités(A) ; mais elle ne peut être faite que de façon sectorielle (B).

A. La régulation comme instrument de protection contre les déséquilibres

Depuis plusieurs années, on constate, dans de nombreuses branches du droit le développement du rôle dévolu aux autorités administratives pour assurer le respect de l’intérêt collectif d’une catégorie de personnes ou d’un secteur d’activité particulier. Le droit de la consommation

¹³⁰Consumer International, in « Rapport de recherché sur la protection des consommateurs au Sénégal », octobre 2013, p.25, disponible sur www.consumersinternational.org (dernière consultation faite le 1° octobre 2016)

¹³¹Ils doivent assurer la meilleure qualité des produits et services mis à la disposition des consommateurs S’assurer de l’emploi de la technologie de pointe ; Observer les règles loyales de marketing ; Pratiquer des prix abordables ; Développer les services après-vente ; Mettre sur pied un service d’accueil et d’encadrement du client (« Le client est roi ») (Customer care, consumer service,...) ; Veiller à l’information des consommateurs ; Concourir au règlement rapide des réclamations des clients (Privilégier le règlement interne et non contentieux).

n'échappe pas à ce phénomène. Ce phénomène démontre que, même à l'époque où les gouvernements veulent conduire une politique libérale, l'État ne se désintéresse jamais de l'activité commerciale qui est essentielle pour la bonne marche de l'économie nationale. Il prouve également que les juridictions, qu'elles soient civiles ou commerciales ne remplissent pas toujours le rôle qui devrait être le leur en matière de droit de la consommation.

Le Sénégal est confronté à ce problème, c'est ainsi qu'il a instauré divers autorités administratives chargées de réguler certaines pratiques illicites du marché. Donc, en l'absence d'organismes administratifs chargés exclusivement de lutter contre les clauses abusives comme c'est le cas en France,¹³² il est fait recours aux organes de régulation. Néanmoins, à travers le principe posé par la loi cadre, on peut déduire que ces organes, en régulant le marché, lutte ainsi contre les clauses abusives. En effet, la loi n° 2002-23 du 4 septembre 2002, précise toujours, dans son exposé des motifs, quelques missions fondamentales des organes de régulation, parmi lesquelles on peut citer, le suivi du respect des normes préétablies, mais surtout la facilitation du règlement des conflits entre opérateurs et entre opérateurs et consommateurs. L'organe de régulation doit ainsi « (...) *intervenir soit, en tant que conciliateur, soit, pour trancher les différends entre l'autorité concédant et les concessionnaires, entre les entreprises des secteurs régulés, et entre les dites entreprises et les consommateurs* ». ¹³³

En France, la régulation des clauses abusives est assurée principalement par la commission des clauses abusives¹³⁴ qui a été créée par la loi du 10 janvier 1978. Elle est placée auprès du ministre chargé de la consommation. Ses missions sont de :

- Rechercher des clauses abusives : dans les modèles de contrats habituellement proposés par les professionnels aux non professionnels ou consommateurs, elle recherche les clauses qui peuvent présenter un caractère abusif ; elle émet de ce fait des recommandations tendant à obtenir leur suppression ou leur modification¹³⁵. Ces recommandations sont publiées au BOCCRF¹³⁶, elles n'ont pas de valeur contraignante mais conduisent souvent les professionnels à modifier eux

¹³² Il y'a la commission des clauses abusives et la DGCCRF

¹³³ Article 5 de la loi 2002-23 du 04 septembre 2002

¹³⁴ Brigitte Hess- Fallon et Anne – Marie Simon, *op.cit*, p.149

¹³⁵ A titre d'exemple : au cours de l'année 2010, elle a notamment adopté une recommandation sur les contrats de soutien scolaire et une sur les contrats de prévoyance-obèques.

¹³⁶ Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

même leurs contrats ou le législateur à intervenir (elles ont été à l’origine de plusieurs réformes législatives).

- Consultation : la commission est consultée sur les projets de décrets dont l’objet est d’interdire, de limiter ou de règlementer certaines clauses considérées comme abusives.
- Avis sollicité par le juge : lorsqu’à l’occasion d’une instance, le caractère abusif d’une clause est soulevé. La commission doit se prononcer dans un délai de 3 mois à compter de sa saisine, son avis ne lie pas le juge.
- Rapport annuel : la commission publie chaque année un rapport d’activités et de ce fait elle peut proposer des modifications législatives ou règlementaires.

On constate ainsi, qu’en France la régulation des clauses abusives est clairement défini et est pleinement effective. Cependant, au Sénégal, on reste confronté à d’énormes difficultés d’appréhension même de la notion et aucune disposition expresse de la loi cadre ne prévoit cette prohibition par un organe administratif autonome. Cependant, à y regarder de plus près, surtout en ce qui concerne la lutte sectorielle, il ressort dans certains secteurs régulés, des dispositions et des mesures qui tendent à lutter contre les clauses abusives dont pourraient être victimes les consommateurs ou les usagers.

B. La régulation sectorielle des abus contractuels

Puisque le marché est divisé en branches d’activités, il est évident qu’une régulation ne peut se faire que par secteur économique. Chaque secteur connaît ses réalités et ses règles adéquates. En outre, les clauses abusives ne sont pas figées à un secteur particulier, on peut les rencontrer dans tous les secteurs où des rapports de consommation peuvent exister. Néanmoins, elles sont le plus souvent perçues, dans les secteurs financier ou bancaire ; de l’assurance; de la fourniture d’énergie ; du secteur des télécommunications et des transports, etc. Dans chacun de ces secteurs, il existe une autorité chargée de réguler les défaillances.¹³⁷

Notre attention portera sur le secteur des télécommunications et des postes, qui contrairement aux autres secteurs, lutte de manière plus directe contre les clauses abusives.

¹³⁷Par l’émission de règles, la surveillance et la sanction des violations des règles qui gouvernent le secteur régulé.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

En effet, la régulation du secteur des télécommunications et des postes est assurée par l’organe dénommé ARTP (Autorité de Régulation des Télécommunications et des postes).¹³⁸ Selon l’ARTP¹³⁹, la régulation ne peut se faire sans une politique de consommation clairement définie, c’est ainsi que le nouveau code des télécommunications donne une définition sans équivoque du consommateur en ces termes: « *toute personne physique qui utilise ou demande un service de télécommunications accessible au public à des fins autres que professionnelles* »¹⁴⁰.

L’ARTP dans sa mission de lutte contre les déséquilibres contractuels et de protection des intérêts des consommateurs a institué un système lui permettant d’analyser, de sa propre initiative ou à la demande des consommateurs, et le cas échéant, exiger la modification des clauses abusives des contrats conclus avec des utilisateurs ou des conventions régissant l’interconnexion ou l’accès aux réseaux des opérateurs¹⁴¹.

Cela se manifeste par le recensement et l’analyse, par le service juridique de tous les contrats d’adhésion aux différents services proposés par les opérateurs et fournisseurs de services pour éviter les clauses abusives dans les contrats d’abonnement ; ainsi vérifier que les contrats et conventions respectent le principe d’équité et d’égalité dans l’accès aux services des opérateurs. L’ARTP dispose d’un pouvoir de sanction. Ce pouvoir comprend notamment la faculté : d’exiger la modification des clauses abusives des contrats conclus avec les utilisateurs et les consommateurs.¹⁴²

Ainsi, l’ARTP dispose de larges pouvoirs dans la régulation des clauses abusives dans le secteur des télécommunications. En effet, elle examine les contrats d’abonnement proposés aux consommateurs et peut exiger la modification et la suppression de certaines clauses.

Cependant, en dehors des organes de régulation, les associations de consommateurs contribuent à leur façon à la lutte contre les clauses abusives dans les contrats de consommation.

¹³⁸Créée par les articles 42 et suivants de la loi 2001-15 du 2 décembre 2001, portant Code des télécommunications modifié par la loi 2011 – 01 du 24 février 2011.

¹³⁹ARTP, FRATEL « Quelles actions, pour quels objectif de régulation, le régulateur peut-il mener en faveur des consommateurs », 2011

¹⁴⁰Article 3 de la loi 2011-01 du 24 février 2011.

¹⁴¹Art 127-14 code des télécommunications

¹⁴²Art 136 code des télécommunications

Paragraphe II : Les associations de consommateurs

Le consommateur est le plus souvent isolé et mal informé, c’est pourquoi il peut être facilement victime de clauses abusives dans les contrats auxquels il adhère pour se procurer des biens ou des services. C’est pourquoi, les associations de consommateurs, en tant que défenseurs des intérêts des consommateurs, participent à leur manière à la lutte contre les clauses abusives. Cependant, malgré la reconnaissance de la liberté d’association en tant que droit fondamental au regard de la consécration constitutionnelle, jusqu’à présent les associations de consommateurs connaissent des difficultés qui restreignent leur capacité d’action. En effet, jusqu’à présent elles ne peuvent guère se porter partie civile pour la défense d’intérêt collectif.¹⁴³ Néanmoins, il subsiste une volonté du législateur de renforcer l’action de ces associations. C’est ainsi que l’Etat a fait montre d’une volonté politique en prévoyant la possibilité d’être agréer par la puissance publique telle qu’en atteste le Décret n° 2010-1465 en date du 8 novembre 2010 qui définit les conditions et la procédure d’agrément des associations de consommateurs.

Les associations de consommateurs se sont assigné un double rôle. Elles représentent les consommateurs vis à vis des pouvoirs publics et des professionnels. En effet, les organisations de consommateurs constituent un groupe de pression qui entend faire valoir le point de vue des consommateurs auprès des pouvoirs publics. Cette action est aujourd’hui institutionnalisée puisque les associations agréées participent de droit aux organes consultatifs ou de règlements des litiges créés par la loi et sont ainsi admis à recevoir des subventions venant de l’Etat. Vis-à-vis des professionnels, les associations constituent des interlocuteurs permanents et parfois utiles.

En dehors de leur mission de représentation, les associations de consommateurs informent et assistent les consommateurs dans leurs rapports avec les professionnels. En France, cette mission a porté ses fruits depuis longtemps, elle permet de lutter contre les clauses abusives¹⁴⁴.

¹⁴³ En France, ce problème a été résolu par la loi Royer du 27 décembre 1973, l’article 43 de ladite loi précise que si les associations de consommateurs sont agréées, elles peuvent exercer « devant toutes les juridictions l’action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l’intérêt collectif des consommateurs », cependant, cette reconnaissance a été rendue effective par la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs.

Elles peuvent empêcher les consommateurs d’adhérer à des contrats susceptibles de porter des clauses abusives.

Au Sénégal, l’agrément offre des avantages, mais exclut néanmoins la qualité à agir des associations de consommateurs pour la défense d’intérêts collectifs. Cela n’empêche pas pour autant à ces derniers de défendre les consommateurs contre les clauses abusives dont ils pourraient être victimes. Ainsi, dans leur lutte contre les clauses abusives, les associations de consommateurs peuvent dénoncer des pratiques abusives(A) faites à l’encontre des consommateurs. Mais la collaboration avec les organes de régulation constitue aussi un moyen de lutter contre ces abus (B).

A. Dénoncer les pratiques abusives.

La principale mission d’une association de consommateurs est de dénoncer des pratiques abusives du marché qui vont à l’encontre des intérêts des consommateurs. Au Sénégal, on constate de plus en plus la dénonciation de pratiques abusives des professionnels.

A titre d’exemple, on peut citer les sorties répétées de l’Association des clients de services financiers dénommée ACSIF, qui ont eu à recueillir beaucoup de cas d’abus dont étaient victimes des consommateurs de produits financiers. Ces excès se rapportent généralement à des avantages excessifs que des banques ou établissements financiers percevaient sur le dos des clients.

Cette association de consommateurs de services financiers s’est donnée pour mission de servir de bouclier contre les pratiques bancaires qui engendrent des déséquilibres au détriment des consommateurs. Selon elle, le constat fait dans le secteur bancaire est inquiétant, il y a beaucoup d’abus. En effet, les contrats de prêt ne sont pas des contrats équilibrés, ils sont léonins. Les banques s’enrichissent sur le dos des consommateurs¹⁴⁵.

Au-delà de la dénonciation des pratiques abusives, les associations sont conscientes de l’importance de l’éducation du consommateur qui constitue un moyen efficace de lutter contre les déséquilibres contractuels.

¹⁴⁵www.acsifsenegal.com/acsif.php , Rubrique « Qui sommes-nous »

B. Collaboration entre organes de régulation et association de consommateurs.

La collaboration entre les associations de consommateurs et les organes de régulation a pour but de faciliter la lutte contre les abus dont peuvent être victimes les consommateurs. Elle a un caractère préventif, puisqu'elle sert naturellement à prévenir les litiges.

En vertu de la loi 2002-23 portant cadre de régulation des entreprises concessionnaires de service public, les autorités de régulation doivent servir d'interface entre les professionnels et les consommateurs et doivent recueillir les besoins, attentes des consommateurs et veiller à leur apporter des solutions appropriées. La consultation peut porter sur la politique de régulation, mais surtout sur les décisions prises par les organes de régulation. En effet, la loi cadre exige des organes de régulation, la consultation des associations de consommateurs sur une quelconque politique adoptée et aussi dans la prise de décisions pouvant intéresser les consommateurs¹⁴⁶.

Cette collaboration est perçue aussi dans la régulation des déséquilibres contractuels dans les contrats d'adhésion proposés par les opérateurs.

Par exemple, dans le secteur des télécommunications, en vertu des dispositions de la loi 2011-01, on constate à travers de nombreux articles, l'étroite collaboration entre l'ARTP et les associations de consommateurs dans la lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'abonnement. A titre d'exemple, on peut citer d'abord, l'article 138 qui dispose que « *l'ARTP peut, (...) à la demande d'une association de consommateurs (...) sanctionner les manquements qu'elle constate de la part des opérateurs ou des fournisseurs de services (...)* ».

Ensuite, on peut noter l'article 142 disposant que « *Tout consommateur a la faculté, par lui-même ou par l'intermédiaire d'une association légalement constituée, de saisir l'ARTP en cas de litige relatif notamment : (...); au bien fondée juridique d'une clause abusive ou anticoncurrentielle figurant dans un contrat d'abonnement type conclu avec les consommateurs* ». Enfin, l'article 126-8 exige de l'ARTP une aide au renforcement des capacités d'action des associations de consommateurs.

La collaboration entre les organes de régulation et les associations de consommateurs est concrétisée par l'implication de ces derniers dans la régulation du marché. Cette implication est

¹⁴⁶ Exposé des motifs de la loi 2002-23 du 4 septembre 2002

caractérisée par la création de « cellule consommateurs » dans les divers organes de régulation. L’ARTP a suivi la recommandation de la loi cadre, en instituant une cellule consommateur chargé notamment de servir d’interface entre l’ARTP et les consommateurs.

Ainsi, cette collaboration peut constituer un moyen efficace de lutter contre les clauses abusives et c’est le souhait affiché par l’ARTP, lorsque notamment elle prévoit l’établissement d’un système approprié pour l’instruction de la plainte du consommateur et les enquêtes y afférentes et le cas échéant soumettre les plaintes aux institutions compétentes.

Il ressort de ce qui précède, l’existence d’un dispositif institutionnel dont les mérites sont indubitables, néanmoins, l’autorité judiciaire de par son intervention en aval, joue un rôle prépondérant dans la lutte contre les clauses abusives.

Section II : L’intervention de l’autorité judiciaire pour rééquilibrer les contrats déséquilibrés.

Le juge doit-il se contenter de donner effet à l’intention des parties, respectant ainsi leur autonomie, ou doit-il au contraire adapter le contrat pour rendre celui-ci conforme à des normes de justice qui sont étrangères à la volonté des parties ? L’absence de texte n’exclut elle pas l’intervention du juge dans l’appréciation du contenu contractuel des contrats d’adhésion, plus particulièrement en ce qui concerne les clauses abusives ? Ces interrogations demeurent pertinentes, mais leurs réponses paraissent difficiles, notamment au regard de notre droit positif actuel¹⁴⁷.

Cependant, on se méfie du pouvoir des juges de statuer sur l’équilibre du contrat dans un système juridique, mais surtout économique, qui valorise la liberté de l’individu-acteur économique, autoriser une telle forme de contrôle judiciaire est perçu comme une atteinte à la liberté et une menace à l’efficacité économique. Au Sénégal, par exemple, cette méfiance s’est traduite par le rejet de la lésion entre majeurs comme vice de consentement dans le COCC¹⁴⁸.

Quoi qu’il en soit, l’intervention du juge est primordiale dans la lutte contre les clauses abusives. Le législateur dans un souci de protection du consommateur contre les abus, même s’il ne

¹⁴⁷ Actuellement, on constate un vide juridique sur la réglementation des clauses abusives et sur la manière même de les sanctionner, d’où le recours aux instruments de droit commun tendant notamment à sanctionner les déséquilibres contractuels.

¹⁴⁸ Le droit positif sénégalais consacre pleinement le principe de l’autonomie de la volonté, on est tenté ainsi de dire si réellement il connaît des limites, aux vues des dérives occasionnées par la libéralisation excessive, et de l’absence de contrôle des contrats proposés aux consommateurs.

l’autorise pas expressément, n’exclut pas l’intervention du juge pour restaurer l’équilibre contractuel. Donc, le juge demeure une institution chargée au même titre que les organes de régulation ou même des associations de consommateurs, de défendre le consommateur contre les abus dont il pourrait être victime¹⁴⁹.

Ainsi, cette intervention paraît fondée en son principe (Paragraphe I), cependant elle se base uniquement pour sa mise en œuvre aux mécanismes de droit commun (Paragraphe II) luttant contre les déséquilibres contractuels.

Paragraphe I : Le fondement de l’intervention

L’absence d’une législation spécifique sur les clauses abusives, n’est pas un obstacle à l’interventionnisme du juge dans la régulation des déséquilibres contractuels des contrats de consommation. Le regard des tribunaux se porte plus sur le contenu ou la substance du contrat, sur la comparaison entre la valeur des obligations des deux parties, plutôt que sur son processus de conclusion. Il s’agit donc d’une conception substantielle de l’injustice contractuelle. L’intervention du juge ne se fonde pas forcément sur l’existence d’un texte régissant la matière litigieuse dont il est saisi (A), cependant, l’immixtion du juge peut résulter de la recherche de l’équité tant désirée dans les rapports de consommation (B).

A. Intervention sans texte

L’absence de prohibition textuelle n’empêche pas le juge de qualifier une clause d’abusives. Ainsi, le juge peut apprécier le caractère abusif d’une clause sans le recours à aucun texte. Le droit comparé nous renseigne que plusieurs systèmes juridiques, bien qu’ils connaissent un contrôle judiciaire direct des clauses abusives à partir d’un texte spécifique, ne souffrent pas de l’insécurité juridique. Par exemple, la loi allemande du 9 décembre 1976 dispose que toute clause pré-rédigée par l’une des parties et défavorable à l’autre est nulle si elle est contraire au principe de bonne foi. Ainsi, au Sénégal, l’intervention du législateur n’empêche pas nécessairement celle du juge, surtout en cas de vide juridique.

¹⁴⁹ Il est reconnu au juge le statut d’institution, particulièrement dans le rôle primordial qu’il joue dans la sanction des clauses abusives.

Mais comment justifier faute de texte légal, cette intervention du juge ? On fait appel ici à la notion d’ordre public de protection.

La remise en cause d’une clause abusive suppose toujours une décision du juge qui doit vérifier si elle répond, compte tenu de son objet ou de son effet, à l’équilibre souhaité. En France, cela est manifeste, néanmoins le juge est guidé dans son travail par les deux listes de clauses publiées par le décret du 18 mars 2009 et par les avis et recommandations de la commission des clauses abusives. Mais il peut, a contrario, sans se fier à aucun texte, déclarer une clause abusive non prévue par ces listes s’il relève un déséquilibre significatif au détriment du non professionnel ou consommateur¹⁵⁰. En effet, la cour de cassation française avait admis qu’une clause pouvait être jugée abusive même en l’absence de texte ou de décret l’interdisant comme telle¹⁵¹. Sans le secours d’aucun texte, certaines clauses de non-concurrence dans le contrat de travail ont été éradiquées, sans texte des clauses ont été déclarées abusives, sans texte les honoraires de certains professionnels ont été réévalués.

Le législateur lui-même convient que les parties ne peuvent tout prévoir. Cependant, tout ce que le contrat contient est censé être obligatoire pour le juge. Mais après l’utile vient le juste et l’affirmation de la force obligatoire sera refusée par le juge pour sanctionner les abus de pouvoir qui sont perpétrés au moyen du contrat. Ici on retrouve la modération des montants excessifs et le refus des avantages sans contrepartie. Contrairement aux apparences, ces derniers ne sont pas une remise en cause du contrat mais une sanction d’un abus. Autrement dit, dans cette situation, le contrat n’est qu’une occasion de commettre un abus, il est le vecteur de cet abus. Aussi, supprimer certaines clauses c’est en apparence remettre en cause le contrat mais en réalité, c’est punir les fautes délictuelles commises à cette occasion. Bref, même lorsque c’est la force obligatoire du contrat qui est en jeu, la remise en cause vise derrière elle la sanction d’un comportement déloyal. En outre, le juge sénégalais peut aussi se focaliser sur la recherche de l’équité tant désirée dans les rapports contractuels, pour intervenir dans les litiges de consommation, dans le cas notamment, de la lutte contre les clauses abusives.

¹⁵⁰Brigitte Hess- Fallon et Anne Marie Simon, *ibid*, p.150.

¹⁵¹ Civ. 1^{er}, 16 juillet 1987 (D. 1987.som.456, obs. Aubert ; D. 1988.J.49, note Calais Auloy) ; civ. 1^{er} ; 14 mai 1991 (D. 1991.J.449, note Ghestin ; RTD civ. 1991.526, obs. Mestre). V. Paisant, « De l’efficacité de la lutte contre les clauses abusives », D. 1986, Chron. 299 ; HUET, « Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », D. 1993, Chron. 331.

B. La recherche de l'équité contractuelle.

Il est de principe que les tribunaux jugent en équité. L'équité consiste à « *respecter les droits de chacun* »¹⁵². L'équité contractuelle se réfère à un ensemble de moyens visant à faire respecter une justice commutative, à protéger l'équilibre qui devait exister antérieurement au contrat¹⁵³.

L'immixtion du juge peut donc se fonder sur la recherche de l'équité et constitue ainsi un moyen efficace de sanctionner les clauses abusives. Il arrive que le législateur renvoie expressément à l'équité des juges dans certaines situations. Ainsi, en France l'article 1135 du code civil dispose que « *les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donne à l'obligation d'après sa nature* ». Au Sénégal, cette prescription a son équivalent, en effet, l'article 103 du COCC dispose qu' « *en l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donne à l'obligation d'après sa nature* ».¹⁵⁴

Cette référence à l'équité est plus qu'un rappel à la bonne foi. Elle fait référence non plus au comportement d'une partie par rapport à l'autre, mais plus largement au fait que le contrat doit être conforme à la justice contractuelle, c'est-à-dire à l'idée contemporaine d'équilibre contractuel. Cette référence, permet en réalité au juge, alors même que les parties ne l'auraient pas prévu, de faire produire au contrat certains effets qui paraissent juste.

L'équité peut être aussi perçue comme une manière de résoudre les litiges en dehors des règles de droit, selon des critères tels que l'utilité, la morale ou encore la raison.

Beaucoup d'auteurs¹⁵⁵ s'attachent tous à souligner que l'équité reste le meilleur fondement pour la création de nouvelles obligations¹⁵⁶ et la sanction des contrats déséquilibrés par le juge dans le contrat. Et de surcroît, elle pourrait servir de fondement à l'intervention du juge pour remettre en cause une clause qu'il estimerait abusive.

¹⁵²Petit Larousse, V° « Equité ».

¹⁵³Jean-Louis BAUDOIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », in *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, 2001, 29, 43.

¹⁵⁴ On peut ainsi concevoir, une application de ces prescriptions légales aux litiges de consommation portant sur des clauses abusives.

¹⁵⁵ C'est le cas de Durry G., « Le fondement de l'obligation de renseignement du fabricant de produits dangereux. », RTD Civ. 1983.544, et de Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil : Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz

¹⁵⁶L'obligation de sécurité et l'obligation d'information sont le fruit de l'application du principe d'équité.

D’autres soutiennent¹⁵⁷ même que l’interprétation des contrats sous le regard de l’équité ne poserait pas de problème si elle ne visait que les contrats d’adhésion, ou s’il ne s’agissait que d’obligations à la charge du professionnel. Ici, l’équité permettrait clairement de protéger « *le faible contre le fort* ». Le souci de l’équité anime le juge lorsqu’un litige lui est soumis. Le juge ne se contente pas toujours d’appliquer à la lettre le contrat écrit par les cocontractants. En fonction de diverses valeurs, comme l’équité, ou encore la bonne foi, le juge s’immisce dans le contrat pour le rendre plus « *juste* ». Le recours à l’équité permettrait peut-être de parvenir à un idéal de justice, à atténuer tout ce que le droit peut avoir de rigide, à réduire l’écart pouvant exister entre la justice et le droit¹⁵⁸. Comme le pensent certains, le juge n’est plus une bouche qui se contente de prononcer les paroles de la loi ; il les module et les adapte selon les circonstances et les besoins.¹⁵⁹

Ainsi, l’équité constitue un principe contractuel et une prescription légale qui s’étend même dans les relations entre professionnels et consommateurs. En ce sens, lorsqu’un litige de consommation porte sur des clauses présumées abusives, et qu’il est porté devant le juge, il est du devoir de ce dernier de le trancher en prenant en compte le principe d’équité. En effet, lorsque les tribunaux jugent en équité en matière de consommation, ils cherchent simplement à restaurer un certain équilibre. Certains auteurs¹⁶⁰ pensent que l’équité contractuelle peut à elle seule embrasser l’ensemble des outils du droit de la consommation.

En définitive, nous constatons que malgré le vide juridique noté dans la réglementation des clauses abusives en droit positif sénégalais, beaucoup d’instruments peuvent fonder l’intervention du juge sénégalais pour sanctionner une clause abusive. Néanmoins, ce dernier devra se plier aux exigences du droit commun.

Paragraphe II : L’intervention du juge par l’usage des mécanismes de droit commun

Nous l’avons vu, précédemment que l’absence de textes spéciaux sur les clauses abusives, même si cela constitue un frein à l’intervention du juge, ne le soustrait pas de son rôle de régulateur contractuel. En effet, le juge peut intervenir même en l’absence de texte. Donc, au Sénégal cette

¹⁵⁷Comme le précise Monsieur Leveneur

¹⁵⁸Philippe Jestaz, *Le Droit*, coll. Connaissance du droit, 2016, Dalloz.

¹⁵⁹Yves Strickler, l’office du juge et les principes, www.archives-ouvertes.fr

¹⁶⁰ Benoit Moore, « La réforme du droit de la consommation et le principe de l’équité contractuelle », p.117

intervention est plus que souhaitée vu le vide juridique observé dans la réglementation des clauses abusives.

Cependant, le juge doit user des instruments de droit commun pour rééquilibrer le contrat de consommation litigieux. Donc, lorsque le juge annule les clauses non acceptées ou lorsqu’il interprète les clauses obscures, il a souvent pour but de lutter contre les clauses abusives. En ce sens, lorsqu’il a à connaître d’un contrat gravement déséquilibré, qui ne satisfait ni aux exigences de la justice contractuelle ni celle de l’utilité sociale, il doit intervenir et deux solutions s’offrent à lui : soit neutraliser des dispositions qui déséquilibrent le contrat, soit ajouter des obligations qui le rééquilibrent. Dans les deux cas l’appréciation judiciaire affecte l’équilibre contractuel initialement convenu, étant entendu que cet « *équilibre* » avait en général été conçu par une partie en position de force et notamment de force économique. Autant dire que l’influence des droits spéciaux et notamment du droit de la concurrence (abus de position dominante) et de la consommation (abus de faiblesse) est ici patent et que les juges s’en inspirent pour enrichir le droit commun des contrats.

En l’absence de règles spécifiques à l’intervention du juge en matière de droit de la consommation et particulièrement en ce qui concerne les clauses abusives, le recours aux mécanismes de droit de commun s’avère incontournable, pour rendre effective l’immixtion du juge dans l’intérêt du consommateur. Ainsi, l’interprétation du contrat en faveur du consommateur (A) et la mise en œuvre des instruments de droit commun (B) caractérisent cette intervention.

A. Interprétation du contrat en faveur du consommateur

Presque tous les systèmes juridiques reconnaissent aux juges le pouvoir d’interpréter les contrats lorsque la volonté de leurs auteurs n’apparaît pas clairement. Mais, sous le couvert de la recherche de la commune intention des parties¹⁶¹ les juges vont « *sans le dire, orienter le contrat vers une plus grande justice contractuelle* », c’est-à-dire tenter de rétablir l’équilibre entre les droits et les obligations réciproques des deux contractants¹⁶².

¹⁶¹ F. NACEUR, L’effet obligatoire du contrat, p.33 et p.34

¹⁶² D. BOURGEOIS, *les clauses abusives*, De Vecchi, 2002, p.60

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

Ainsi, l'interprétation des contrats pré-rédigés représente une meilleure technique de protection des consommateurs. Cependant, la recherche de la volonté commune des parties n'est pas admissible, celui qui adhère à un contrat pré-rédigé ne donne qu'un consentement global, il n'a pas de volonté précise sur chacune des clauses du contrat. Les règles qui gouvernent le pouvoir d'interprétation du juge sont contenues dans les articles 99 et suivants du COCC. Ces règles se décomposent en deux directives ou méthodes. La première est dite méthode subjective d'interprétation¹⁶³ qui renvoie à la recherche de la commune intention des parties. Et la deuxième, c'est la méthode objective¹⁶⁴ qui se réfère quant à elle à l'équité et à la bonne foi. Cependant, lorsqu'aucune de ces méthodes n'est fonctionnelle, alors le contrat devra être interprété en faveur de celui qui s'oblige, en faveur du débiteur. C'est l'interprétation in favorem (art.103, al2 COCC).

C'est parce que dans ce cas, le droit estime qu'il appartient au créancier de veiller à ses intérêts par la rédaction de clauses claires et non équivoques.

Cette interprétation est justifiée en matière de litiges de consommation au regard des conditions générales qui contiennent parfois des clauses ayant plusieurs sens¹⁶⁵. Ces ambiguïtés peuvent avoir pour finalité de cacher des clauses abusives.

En effet, elles ne sont pas toujours le résultat de la maladresse du rédacteur. Elles sont parfois voulues, car elles permettent au contractant le plus puissant de voiler derrière un rideau de fumée des stipulations qui, si elles étaient clairement exprimées, pourraient dissuader l'autre partie de contracter. Donc, elles peuvent conduire à des déséquilibres dans les droits et obligations au détriment du consommateur.

Il faut néanmoins se garder de prendre les jugements au pied de la lettre lorsqu'ils se réfèrent, pour interpréter les clauses ambiguës, à la volonté commune des contractants. Au fond, les

¹⁶³ Elle consiste pour le juge à rechercher la commune intention des parties en s'attachant non pas à la lettre du contrat, qui par définition est ambiguë, mais à l'esprit de ce contrat. C'est ce que traduit l'art.99 du COCC qui dispose « Par-delà la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer ses effets »

¹⁶⁴ En effet, si en dépit de la recherche de la commune intention des parties, le juge ne parvient pas à donner un sens au contrat, il pourra alors se référer à l'équité ; à la bonne foi et aux usages.

¹⁶⁵ L'ambiguïté peut tenir à la rédaction, obscure ou incomplète, d'une clause particulière. Un bon de garantie, par exemple, ne précise pas les prestations que le vendeur s'engage à effectuer dans le cadre de la garantie contractuelle : devra-t-il réparer l'appareil, le remplacer ou le rembourser ?

tribunaux juges en équité : ils donnent aux clauses ambiguës le sens qui leur paraît assurer le meilleur équilibre contractuel. Ils tendent ainsi à protéger celui qui adhère à un contrat pré-rédigé. En France la démarche n’est pas nouvelle. Déjà au XVII^e siècle, Domat écrivait : « *si l’obscurité, l’ambiguïté ou tout autre vice d’une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l’interprétation s’en fait contre lui, parce qu’il a du faire entendre nettement ce qu’il entendait* »¹⁶⁶. Cette idée a inspiré trois dispositions législatives, qui se recoupent en grande partie.¹⁶⁷

Ces textes sont sans aucun doute favorables aux consommateurs, puisqu’en présence de contrats d’adhésion, l’interprétation profite au consommateur. Leur efficacité doit cependant être ramenée à sa juste mesure. Pour interpréter le contrat, il faut d’abord qu’un juge soit saisi, ce qui est rarement le cas en matière de consommation, il faut ensuite que la clause soit assez obscure pour justifier une interprétation favorable au consommateur. Quoi qu’il en soit, l’interprétation in favorem constitue un mécanisme de droit commun permettant de restaurer l’équilibre contractuel dans une relation de consommation.

B. La révision de certaines clauses

A côté de l’interprétation in favorem, plusieurs procédés de rééquilibrage tirés notamment du droit commun, sont à la disposition du juge lorsqu’un litige de consommation lui est soumis. Le juge peut intervenir afin de rendre au contrat son équilibre économique rompu après la constatation d’un déséquilibre significatif, s’il lui est impossible de rétablir cet équilibre, il peut néanmoins réviser le contrat dans certaines situations.

Ainsi, la révision des clauses pénales excessives justifie souvent l’intervention du juge. En effet, les clauses pénales sont des clauses par lesquelles les parties fixent à l’avance de façon

¹⁶⁶ Domat, « les lois civiles dans l’ordre naturel », t. Livre I, sect. II, art. XVI.

¹⁶⁷ Il s’agit **d’abord** de l’article 1162 du code civil qui recommande d’interpréter la convention, dans le doute, contre celui qui la rédige et en faveur de celui qui adhère. Selon Domat, celui qui rédige donc le professionnel, et celui qui adhère, le consommateur ; **ensuite** l’article 1602 du code civil, qui après avoir mis à la charge du vendeur une obligation de clarté, ajoute que tout pacte obscur ou ambigu s’interprète contre le vendeur, c’est en effet celui-ci qui, généralement, rédige le contrat ; **enfin** l’article L.133-2 du code de la consommation, issu de la loi du 1 février 1995 transposant la directive de 1993 sur les clauses abusives, concerne précisément les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou non professionnels ; les premiers doivent rédiger clairement les clauses du contrat ; en cas de doute, les clauses s’interprètent dans le sens le plus favorable aux seconds.

forfaitaire le montant des dommages et intérêts à payer en cas d’inexécution totale, partielle, ou défectueuse. De telles clauses s’imposent non seulement aux parties mais aussi au juge. Néanmoins, en droit français, afin d’éviter que l’une des parties en abuse, la loi reconnaît au juge le pouvoir de réduire les clauses pénales manifestement excessives.

Cependant, à notre connaissance, il n’existe pas en droit sénégalais, une habilitation de cette nature à telle enseigne qu’on peut craindre que la partie économiquement plus forte ne parvienne à imposer à son contractant une clause pénale déraisonnable. A contrario, aucun texte n’exclut de façon expresse cette révision judiciaire des clauses pénales excessives en droit positif sénégalais.

Donc, quand le juge constate une disproportion entre le montant initialement prévu avec le préjudice réellement subi, ou la prestation réellement fournie, il ne manque pas de modifier ce montant. Cette révision repose le plus souvent sur des concepts flous, mais permet d’introduire plus d’équilibre, dans bien des contrats, qui en manquent cruellement au départ, le contrat de consommation en est un parfait exemple.

Si traditionnellement, la révision du contrat par le juge est prohibée en dehors des hypothèses où le législateur lui en donne expressément le pouvoir, on assiste à un essor contemporain de la révision judiciaire du contrat à l’initiative des juges¹⁶⁸.

La révision devient ainsi un remède aux déséquilibres contractuels. Selon le Professeur MAZEAUD¹⁶⁹, dans un souci de sécurité juridique, la révision représente une alternative à l’anéantissement ou à la rupture du contrat irrégulier, ou déséquilibré à un point tel que son exécution n’est plus concevable ; l’illicéité qui affecte le contenu du contrat ou l’instabilité qui perturbe son environnement économique et social ne sonnent plus fatalement le glas du contrat. Les consommateurs peuvent théoriquement comme tous les autres contractants, bénéficier de la révision judiciaire des clauses pénales.

Cependant, la pratique montre qu’en France par exemple, les consommateurs ont intérêt à faire juger que la clause est abusive au sens de l’art. L132-1 du code de la consommation : elle l’est nécessairement des lors qu’elle prévoit, au détriment du consommateur, une peine manifestement excessive. Abusive, la clause est réputée non écrite, ce qui est une protection

¹⁶⁸ En France, ce pouvoir est reconnu au juge qui peut le faire même d’office

¹⁶⁹ Denis MAZEAUD, « La révision du contrat », Petites affiches, 30 juin 2005 n° 129, P. 4.

plus sûre que celle résultant de la révision. Ainsi, les associations françaises de consommateurs peuvent en outre demander la suppression de telles clauses dans les modèles de convention proposés aux consommateurs (art.L.421-6 c. consom.).

Le juge intervient moins lors de la rencontre des volontés grâce à l’aval législatif que lors de l’exécution, pour rectifier les déséquilibres trop flagrants. Il est vrai que le juge est aidé en cela par la main du législateur : la réduction des clauses pénales, la suppression des clauses abusives¹⁷⁰ ou l’exigence de proportionnalité dans le cautionnement comptent parmi les exemples les plus frappants de l’intervention du juge sans un support textuel légal ou réglementaire.

En dehors de la révision de clauses pénales qualifiées d’abusives, il existe plusieurs instruments tiré du droit commun qui peuvent fonder l’intervention du juge dans le rééquilibrage des contrats de consommation. Il y a entre autres, l’application des concepts d’équité, la bonne foi, la prise en compte de la cause, etc.

En définitive, nous pouvons conclure à l’existence d’un dispositif plus ou moins pertinent de protection du consommateur contre les clauses abusives. Cependant, face à l’insécurité juridique que son application pourrait engendrer du fait notamment de son imprécision, le consommateur sénégalais demeure toujours vulnérable face à ces clauses.

¹⁷⁰ Le fameux coup d’état jurisprudentiel opéré en 1991, la cour de cassation française avait admis de façon nette qu’une clause pouvait être jugée abusive même en l’absence de décret l’interdisant comme telle. (civ. 1^{er}, 16 juillet 1987)

TITRE II : LES OBSTACLES A LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR
CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

L'étude des instruments de droit commun prônant l'équilibre contractuel nous a permis de constater leur possible application dans la lutte contre les clauses abusives. Mais aussi, d'un point de vue institutionnel, on a relevé une pléthore d'organes chargés de réguler toutes les défaillances du marché, y compris les transactions opérées entre professionnels et consommateurs dans des secteurs bien déterminés.

Néanmoins, l'efficacité dudit cadre de protection semble remise en cause, par l'existence d'obstacles liés d'une part, à l'absence d'une réglementation spécifique des clauses abusives (chapitre 1) et d'autre part, à côté de cet obstacle majeur, ils subsistent d'autres difficultés impactant aussi sur la protection du consommateur contre ces abus (chapitre 2).

Chapitre I : Obstacles liés à l'absence d'une réglementation spécifique

L'absence de législation spéciale sur le droit de la consommation et particulièrement en ce qui concerne les clauses abusives, constitue le principal obstacle à la protection du consommateur contre les déséquilibres contractuels. La problématique posée par les clauses abusives suppose nécessairement l'adoption de textes pour une lutte efficace¹⁷¹. L'expérience a montré que dans la plupart des Etats ayant prohibé ces abus, cela n'a été rendu possible que par l'adoption de textes législatifs¹⁷². Une lutte efficace contre les clauses abusives ne peut se concevoir sans l'adoption d'un texte spécial.

¹⁷¹V. BRICKS – DAVO, « les clauses abusives », *juriscl. Conc. Consum.*, fasc. 810 ; GRIDEL, « Remarques de principe sur l'art. 35 de la loi du 10 janvier 1978 », D. 19844, chron. 183 ; HUET, « les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives », *JCP* 1992.I.3592 ; KUHNMUNCH, « le dispositif d'élimination des clauses abusives », *Rev. Conc. Consum.* 1992, n°65 ; MALINVAUD, « la protection des consommateurs », D. 1981, chron. 49 ; MESTRE, « vingt ans de lutte contre les clauses abusives », *Mélanges Terré* 1999 ; TESTUT, « le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993.I.3673 ; Auteurs divers sous la direction de J. Ghestin, « Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe », LGDJ 1991 ; Auteurs divers, « Les clauses abusives dans les contrats de consommation », colloque Reims 1997, INC Hebdo, n°1015, déc. 1997 ; Auteurs divers, « Les vingt ans de la commission des clauses abusives », colloque Chambéry, *Rev. Conc. Consum.* Sept-oct, 1998.

¹⁷² Consumer International in « Enquête sur l'état des lieux de la protection des consommateurs », 2014/2015.

Donc, l’adoption d’un texte chargé de régir les clauses abusives est une nécessité (section I) ; surtout aux regards des effets bénéfiques d’une telle adoption sur le corpus juridique (section II) qui semble statique voire inadapté à la situation actuelle des transactions entre professionnels et consommateurs.

Section I: Nécessité d’une législation particulière sur les clauses abusives.

A l’heure de la consommation de masse, on ne peut plus en rester à des remèdes disparates et individualistes. Le COCC ignorant ce phénomène, il faut, aujourd’hui, y remédier. On peut donc affirmer que disposer d’une grande loi ou de plusieurs lois spécialement consacrées à la protection des consommateurs fait aujourd’hui partie des standards auxquels tout Etat se doit de répondre. Ne pas disposer de tels instruments juridiques apparaît désormais comme un signe de retard. Il ne s’agit pas d’un simple effet de mode, mais bien de satisfaire à un véritable besoin économique et social. Etant donné l’inefficacité des règles de droit commun face aux phénomènes des clauses abusives dans les contrats entre professionnels, d’une part, et non-professionnels ou consommateurs, d’autre part, l’instauration de dispositions spéciales s’avère nécessaire pour lutter contre certains déséquilibres contractuels. C’est ainsi que la question s’est posée dans l’UEMOA¹⁷³, elle s’est aussi posée dans l’OHADA, ce qui a ainsi encouragé l’établissement d’un Avant-projet d’acte uniforme sur le contrat de consommation¹⁷⁴.

Au Sénégal¹⁷⁵ ; l’idée d’une législation spéciale sur le droit de consommation est d’actualité ; favorisée par l’accroissement des échanges entre professionnels et consommateurs.

Mais au-delà, de l’effet de tendance, la nécessité de se doter d’une législation spéciale sur les clauses abusives est justifiée par les limites du droit commun à assurer une lutte efficace contre ces déséquilibres. En effet, d’une part, les mécanismes de droit commun sont inadaptés au contrat de consommation (Paragraphe I), d’autre part, leur application s’avère inopportune pour le consommateur (Paragraphe II).

¹⁷³Projet de législation communautaire de l’UEMOA sur l’information et la protection des consommateurs.

¹⁷⁴Texte révisé au 31 aout 2005.

¹⁷⁵Le Ministre du commerce l’a rappelé lors de la rencontre inclusive de partage qui s’est tenu le 1^{er} aout 2014 avec tous les acteurs. L’élaboration d’un code de la consommation serait à l’étude, un travail a été déjà entamé au niveau du ministère en charge du commerce. Les observations seront soumises au Président de la République.

Paragraphe I : Inadaptation des mécanismes de droit commun

Comme nous l’avons tantôt relevé, certains instruments du droit commun des contrats semblent pouvoir s’appliquer aux contrats de consommation. Toutefois, il s’avère que l’approfondissement de ces notions, pourtant créées pour remédier à un déséquilibre entre les parties, montrent que ces dernières n’ont pas de réels impacts dans les contrats de consommation¹⁷⁶ et donc sont inadaptées. Donc, les règles offertes par le droit commun demeurent inefficaces pour rétablir l’équilibre blessé par l’insertion de clauses abusives dans les contrats de consommation.

Alors que l’enrichissement sans cause et la lésion sont soumis à des conditions trop strictes¹⁷⁷ ; l’abus de droit et la cause sont trop généraux pour convenir à ce type de contrat. En France, le législateur a eu une claire conscience de cette inadaptation. En effet, lors de la discussion parlementaire de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 sur la protection du consommateur dans les opérations de crédit¹⁷⁸, Monsieur Foyer déclara que « *le droit traditionnel des contrats est dans une très large mesure inadapté à la solution de questions que pose la vie économique moderne et ne permet pas de résoudre convenablement, voir justement certains problèmes aigus* »¹⁷⁹.

Ainsi, l’inadaptation des instruments de droit commun s’explique d’une part, par la problématique que pose ces mécanismes en ce sens qu’ils ont pour la plupart une portée générale (A) et d’autre part, leur inadaptation se perçoit lorsqu’ils sont mis en œuvre (B) dans un litige de consommation incluant des clauses abusives.

A. La problématique de la portée générale des mécanismes de droit commun.

Le droit commun a, en effet, une portée générale. Les dispositions du COCC sur le contrat sont applicables par principe, à toutes les relations contractuelles. En France, cela a été en grande

¹⁷⁶ TERREYGEOL. M, 2009, *La nouvelle réglementation de la lutte contre les clauses abusives*, Memo. Master, op.cit.p.12

¹⁷⁷ Même si les principes dégagés par ces deux notions se rapportent à une restauration de l’équilibre des prestations, leurs transposition aux contrats de consommation est source de difficultés du fait notamment du caractère même de ces types de contrats.

¹⁷⁸JOAN CR 7 oct. 1977, p.5926.

¹⁷⁹ Déclaration de Foyer lors de la discussion parlementaire de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 sur la protection du consommateur dans les opérations de crédit : JOAN CR 7 oct. 1977, p. 5926.

partie, la cause de l’adoption d’une législation spéciale sur les clauses abusives. En effet, la pratique a montré que les limites des instruments de droit commun à assurer l’équilibre contractuel convergeaient autour de leur portée générale. Ils ne sont pas uniquement réservés aux contrats de consommation opposant un faible et un fort, mais s’appliquent à tous types de contrat. Et si l’on sait que les clauses abusives sont présumées se cantonner aux rapports de consommation, l’usage de ces instruments s’avère inappropriés au regard de la spécificité de la matière¹⁸⁰. En effet, le droit commun des contrats n’a, en principe, pas vocation à assurer la protection d’une catégorie particulière de contractants ou d’une situation économique donnée : il apparait, en effet difficile d’adapter les logiques du droit des contrats aux situations particulières du droit de la consommation.

Certaines pensent même que les solutions proposées par le droit commun ne conviennent pas à la problématique que pose les clauses abusives du fait qu’elles sont dangereuses par leur imprécision et qu’il est nécessaire d’adopter des règles particulières pour lutter contre les déséquilibres contractuels dans les relations de consommation¹⁸¹. D’autres mettent en garde l’application de ces instruments en matière de clauses abusives par les tribunaux, ce qui conduirait selon eux sans doute à des dysfonctionnements du système juridique.

C’est en ce sens que Gilles Paisant dans son ouvrage intitulé « *Défense et illustration du droit de la consommation* »¹⁸², précise que si « *la cour de cassation française s’était résolument engagée dans la voie du contrôle judiciaire des disproportions ou excès contractuels sur la base des instruments de droit commun précités, il n’y aurait en aucune raison de réserver ces correctifs d’équité aux relations entre professionnels et consommateurs ; ils auraient naturellement été accessibles à tous les contractants, et éventuellement applicables à des situations qui ne le méritant pas*¹⁸³. *La boîte de Pandore de l’insécurité des transactions aurait alors été grande ouverte. Les contrats déséquilibrés n’étant pas cantonnés aux seuls rapports de consommation*¹⁸⁴, *n’importe quel contractant, y compris dans les relations d’affaires entre*

¹⁸⁰ En France par exemple, dans un cas de litige portant sur des clauses abusives, le recours à ces instruments n’est que subsidiaire, c’est-à-dire ils sont applicables que pour les situations où le droit spécial de la consommation ne trouve pas à s’appliquer c’est-à-dire dans les relations entre professionnels.

¹⁸¹ J. CALAIS- AULOY, *Droit de la consommation*, 5^e Edition, Dalloz, p.185

¹⁸² Gilles Paisant, *op.cit.* p.49

¹⁸³ J.-L. Baudoin, Rapport général, in Trav. Assoc. H. Capitant, t.24, La protection du consommateur, Dalloz, 1975, p.6.

¹⁸⁴ V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000

professionnels, ou même entre particuliers, aurait pu être tenté de remettre en question un contrat se révélant désavantageux pour lui et faire du juge le gardien de l'équilibre de tous les contrats, y compris, le cas échéant, en faveur d'un professionnel engagé envers un consommateur »¹⁸⁵

L'usage de ces instruments conduirait sans doute à l'insécurité juridique. En France, il est apparemment que le droit de la consommation s'est construit en utilisant l'image inversée du droit commun, libre négociation du contenu ; égalité des contrats qui justifient tout le régime du contrat de droit commun. Le droit de la consommation propose alors une définition à priori, posée comme axiome du consommateur comme un non professionnel, où le droit commun aurait tendance à affiner les concepts : « *professionnel professionnel* » ; « *professionnel profane* » ; « *consommateur averti* » ; « *consommateur particulièrement faible* » ; etc. ; pour adapter les obligations et les sanctions.

Par ailleurs, le contrat est présumé déséquilibré, contre le principe du droit commun fondé, au contraire sur le principe de l'équilibre des prestations échangées. Cela étant dit, il est évident que cette distinction formelle devient plus ténue à l'observation plus attentive des règles du droit des contrats, et notamment cette tendance lourde de la jurisprudence à rééquilibrer les contrats supposés déséquilibrés, rencontre ce faisant bien des difficultés comme le démontre la « *saga Chronopost* »¹⁸⁶. Ce malaise occasionné par ces instruments a sans doute occasionné le récent recul du législateur français¹⁸⁷ qui voulait intégrer un dispositif général de sanction des clauses abusives. Ainsi, il a été contraint de reformer l'idée de base, surtout face aux vives critiques émises tant par les professionnels du droit¹⁸⁸ que par les acteurs économiques dans un souci d'attractivité du droit et de sécurité juridique des transactions¹⁸⁹. Le droit français reste ainsi dans la lignée de ses voisins européens en ne permettant pas un contrôle généralisé de tout contrat. La réforme respecte également le principe de liberté contractuelle auquel il ne doit pas

¹⁸⁵ L'hypothèse n'a rien d'improbable : cf. cass. 1^{ère} civ, 4 juillet 1995, prec. Pour un cas où, à la suite d'une erreur d'étiquetage d'un prix, la disproportion entre les prestations était invoquée par un professionnel contre un consommateur.

¹⁸⁶<http://www.lexcellis-avocats.fr/article-le-droit-des-contrats-est-il-un-outil-efficace-de-protection-des-consommateurs-et-de-la-concurrence-42569159.html>

¹⁸⁷Elsa Rodriguez, « le droit français n'intégrera pas un dispositif général de sanction des clauses abusives », *L'Actualité juridique en bref, Entreprise et expertise juridique*, Option Finance n° 1355 - Lundi 29 février 2016

¹⁸⁸L. Gratton, op.cit., p. 22.

¹⁸⁹Rapport au président de la République française relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

être porté atteinte lorsque les parties ont librement négocié le contenu de leur contrat. Et ce d’autant plus fort que le droit de la consommation et le droit commercial contiennent déjà des dispositifs de protection des consommateurs ou non professionnels et de certains professionnels lorsqu’il existe un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il ne paraissait donc pas opportun d’ériger un principe général de sanction des clauses abusives dans le Code civil. Seuls les contrats d’adhésion conclus à compter du 1^{er} octobre 2016 seront soumis aux nouvelles dispositions de l’article 1171 du Code civil. Les contrats signés avant cette date échapperont par conséquent au nouveau dispositif de sanction des clauses abusives.

B. Difficulté d’application des instruments de droit commun

Plusieurs aspects justifient l’insuffisance des instruments de droit commun, mais le plus apparent est sans doute les difficultés que ces derniers rencontrent lorsqu’ils sont appliqués en présence d’un contrat de consommation et particulièrement en matière de clauses abusives. En effet, les instruments tels que les théories de la lésion et de la cause ont été dégagées et développées par le COCC pour effectuer un contrôle sur la manière dont s’est formé le contrat et non sur la substance du contrat en lui-même. Cependant, la réalité de la protection du consentement du consommateur participe du recentrage sur les valeurs essentielles du droit des contrats en luttant contre toutes les formes déloyales qui trompent les consommateurs.

Ainsi, les techniques de droit commun relatives à la formation du contrat ont un caractère limité pour assurer l’équilibre contractuel. Personne, dit-on, n’oserait contracter si le contrat pouvait toujours être remis en question par l’une des parties.¹⁹⁰ Cette idée n’est pas fausse, mais elle risque, si elle est poussée trop loin, de mettre les contractants les plus faibles « à la merci » des plus puissants. C’est pourquoi, à défaut de principe général, trop dangereux par son imprécision, nous soutenons que, dans ces conditions, le droit commun, par la théorie de la lésion et de la cause, ne peuvent pas assurer une régulation du contrat de consommation.

Les divers instruments du COCC précédemment évoqués,¹⁹¹ comme étant susceptibles d’apporter un remède aux excès contractuels dont les consommateurs pourraient être victimes, n’ont jamais prospéré¹⁹². La situation d’infériorité de ces derniers par rapport aux professionnels

¹⁹⁰L'idée était déjà exprimée dans l'ancien droit (POTHIER, Traité des obligations). Partie I, Chap. I, § 34

¹⁹¹ En ce sens se référer au Chap. 1 de la première partie

¹⁹² Gilles Paisant, op.cit, p.48

n’est généralement pas de nature à vicier leur consentement¹⁹³ et il a été jugé que ne constitue pas une erreur sur la substance du contrat le fait qu’une partie n’ait pas perçu l’économie de celui-ci.¹⁹⁴

Autant dire que l’action d’enrichissement sans cause n’est admise que très rarement et ce d’autant plus dans les contrats de consommation. En effet, l’absence de cause est le corrélatif de l’absence de contrat. Or pour qu’il y ait clause abusive, il faut un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, et de ce fait une action contractuelle est ouverte à chaque personne, ce qui explique l’action subsidiaire in rem verso. Ces conditions aussi strictes sont en contradiction totale avec l’objectif de rétablir l’équilibre des prestations. Lorsqu’un professionnel stipule dans ses contrats des clauses à son seul avantage, l’enrichissement qu’il en tire crée nécessairement un déséquilibre dans ses relations avec le consommateur et ne peut se justifier du seul fait que le contrat ait été signé par les deux parties. Néanmoins, cette action ne saurait remédier au déséquilibre des relations contractuelles causé par la présence de clauses abusives¹⁹⁵.

La lésion, sur la base de l’art.1118 du code civil, a été maintenue dans un cadre restrictif.¹⁹⁶ En effet, la lésion est un remède peu performant pour lutter contre les clauses abusives. Cela ne pourrait concerner que les clauses relatives à la fixation des prix. Ce n’est pas possible dans la très grande majorité des contrats et notamment pas possible dans les contrats de consommation. Ce n’est pas un remède non plus, par exemple, contre une clause d’exonération de responsabilité ou de garantie. Là aussi l’action est enfermée dans des conditions trop strictes limitant son champ d’application. En effet, la lésion ne peut être sanctionnée que « *dans certains contrats ou à l’égard de certaines personnes* » ; en dehors de ces cas bien précis, elle n’est donc pas admise. Ainsi, indépendamment de la nature du contrat, seuls les incapables sont protégés par le dispositif de la lésion. Lorsqu’un contrat conclu par un mineur ou un majeur incapable est valable, compte tenu de leur incapacité, il pourra être remis en cause par une action en lésion. Pour les autres personnes, seuls certains contrats sont concernés par le dispositif de la lésion, à

¹⁹³ Pour un exemple : cass.3° civ. 8 octobre 2014, n°13-18.150 : RDC 2015/1.p.11, note Genicon.

¹⁹⁴ Cass. 2° civ. 8 octobre 2009 : Bull. civ 2009, II, n°239

¹⁹⁵ MARINE TERREYGEOL, op.cit. p.13

¹⁹⁶ D’une part la rescision pour lésion ne joue pas dans les ventes immobilières (cass.1° civ. 7 décembre 2004 : Bull. civ.2004, I, n°307. – Douai, 8 fevr.1907 : DP 1908, 2, 5). D’autre part, le défaut de juste prix n’est pas une cause de réduction de celui qui avait été convenu (Cass. 1° civ, 10 juillet 2002 : Bull. civ. 2002, I, n°194)

savoir : le partage ou la vente d’immeuble, pour laquelle s’ajoute un taux minimum de déséquilibre qui est de sept douzième¹⁹⁷. En outre en matière immobilière, l’action appartient au vendeur et non à l’acheteur potentiel, elle est donc à exclure des contrats de consommation car dépourvue de tout intérêt pour le consommateur. Ce champ d’application est beaucoup trop restrictif pour les contrats de consommation qui recouvre des domaines très divers.

Le défaut d’équivalence entre les prestations n’a pas toujours été assimilé à une absence de cause.¹⁹⁸ Et pas davantage ne vaut disparition de la cause à la perte de rentabilité survenue au cours d’exécution du contrat¹⁹⁹. Quant à la jurisprudence condamnant, sur le fondement de l’article 1131 du code civil, les clauses limitatives de responsabilité venant contredire la portée d’une obligation essentielle, celle-ci paraît, depuis peu²⁰⁰, remise en question. Malgré quelques tentatives jurisprudentielles, la cause ne permet pas de faire une appréciation quantitative de l’équilibre. Elle représente un simple instrument pour lutter contre les déséquilibres quantitatifs. Par ailleurs, la jurisprudence, qui avait semblé, au visa de l’article 1134 du code civil, ouvrir la porte à l’inefficacité des stipulations constitutives d’un abus de droit a très vite été abandonnée²⁰¹. Et la cour de cassation française ne remet pas en cause, sur le seul fondement de l’article 6, une clause excessive. Malgré les succès de l’application de la cause dans la lutte contre les clauses abusives, il s’avère néanmoins que cette notion n’est pas pour autant satisfaisante pour les contrats de consommation étant donné son caractère trop général.

Les instruments relatifs à l’interprétation du contrat sont sans doute favorables au consommateur, mais leur efficacité dans la lutte contre les clauses abusives pose d’énormes

¹⁹⁷Articles 1674 à 1685 du Code Civil.

¹⁹⁸ Cass. 1^{er} Civ. 8 juin 1971 : Bull. civ. 1971, I, n°187.-Cass. 1^{er} 4 juillet 1995: Bull.civ.1995, I, n°303, contrats, consom.1995, n°181, note Leveneur : D.1996, somm. 11, obs. Paisant ; ibid. 1997, 206, note Luciani ; RTD civ. 1996, p881, obs. Mestre : RDC 2008, p.1133, obs. D. Mazeaud – Adde, F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., n° 354.- cf. aussi cass. Com 9 juin 2009, n° 08-11.420, cassant un arrêt d’appel qui avait annulé un contrat qui, « en l’absence de contrepartie réelle ... ne pouvait être exécuté selon l’économie voulue par les parties », en rappelant le principe selon lequel « la cause de l’obligation d’une partie à un contrat synallagmatique réside dans l’obligation contractée par l’autre »

¹⁹⁹ Par ex., en dernier lieu, cass. Com., 18 mars 2014, n°12-29.453, www.legifrance.gouv.fr et, à propos de cette décision : J.Ghestin, « L’intérêt normatif d’un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l’imprévision » : JCP G 2014, n° 1116, p.1970.- comp. Cass. 3^{er} civ. 13 février 2013, n°11-28.413.

²⁰⁰ Cass. Com, 3 décembre 2013, n°12-26.412, www.legifrance.gouv.fr ; RDC 2014/2, p.176, obs. Genicon

²⁰¹ Cass. 1^{er} civ. 13 Novembre 1996: Bull. civ. 1996, I, n°399.

contraintes. En effet, pour interpréter le contrat, il faut d’abord qu’un juge soit saisi, ce qui est rarement le cas en matière de consommation ; il faut ensuite que la clause soit assez obscure pour justifier une interprétation en faveur du consommateur²⁰². Du point de vue de la sécurité juridique, l’interprétation du juge des stipulations contractuelles litigieuses semble trop dangereuse sans un encadrement particulier²⁰³.

En dehors de l’inadaptation des mécanismes du droit commun dans la lutte contre les clauses abusives, la nécessité d’une législation spécifique est justifiée par le fait que ces instruments se sont révélés inopportuns pour le consommateur.

Paragraphe II : Inopportunité des mécanismes de droit commun

L’usage des instruments de droit commun dans la lutte contre les clauses abusives engendre des inconvénients pour les deux parties au contrat de consommation. Leur utilisation conduit soit à l’annulation soit à la révision du contrat. Malgré la variété des sanctions proposées par le droit commun, on constate très rarement leur efficacité. Ainsi, il semble évident que ces sanctions sont inappropriées au regard des intérêts en cause (A), d’où la préférence de la sanction du réputée non écrite (B).

A. Les sanctions inappropriées proposer par le droit commun

Les éventuelles solutions offertes par le droit commun ne sont toujours, pour les consommateurs, les plus pertinentes. C’est ce qui justifie en partie la mise en place d’une législation spécifique sur les clauses abusives. En effet, les sanctions apportées par le droit commun à l’égard des clauses abusives conduit logiquement à une annulation, ce qui ne procure pas au consommateur la satisfaction qu’il attendait du contrat et l’oblige à une restitution parfois délicate²⁰⁴. Par ailleurs, ces solutions ne sont applicables qu’une fois le dommage subi et n’ont qu’une portée individuelle.

Les sanctions proposées par le droit commun sont très variées mais conduisent soit à la révision, soit à l’annulation du contrat. Pour ce qui est de la révision, en France par exemple, pays qui

²⁰² J. CALAIS AULOY – FRANK STEINMETZ, *ibid*, p.183

²⁰³ Hélène BRICKS, *op.cit*, , n° 30

²⁰⁴ J. Julien, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien, 2009, n°10.

dispose d’une législation spéciale sur les clauses abusives, les consommateurs peuvent théoriquement bénéficier de la révision judiciaire des clauses pénales, telle qu’elle est admise par l’article 1152 al.2 du code civil. Cependant en pratique, l’expérience montre qu’ils ont plutôt intérêt à faire juger que la clause est abusive au sens de l’article L. 132-1 du code de la consommation : elle l’est nécessairement dès lors qu’elle prévoit, au détriment du consommateur, une peine manifestement excessive. Abusive, la clause est réputée non écrite, ce qui est une protection plus sûre que celle résultant de sa révision. L’annulation du contrat, plus que la révision n’est pas un remède adéquat, du fait qu’elle empêche au consommateur d’obtenir le bien ou le service qu’il souhaite se procurer. C’est pourquoi la réputée non écrite constitue la sanction souhaitée par le consommateur.

B. Le réputée non écrite comme solution au maintien du contrat

Réputer la clause déséquilibrée non écrite s’avère opportune en matière de contrat de consommation, parce que cela permet de conserver la finalité originelle voulue par le consommateur. Elle apparaît ainsi mieux adaptée aux clauses abusives pouvant être insérées dans ces types de contrat. Ainsi, cette sanction peut être perçue comme une « *police de la finalité du contrat* »²⁰⁵. Et cette idée se retrouve dans la redécouverte du réputé non écrit par les juges, depuis quelques années elle est préférée à la nullité. En ce sens Gaudement précise que : « *Consciemment ou non, le juge lorsqu’il recourt (...) à la clause réputée non écrite, n’entend pas tant limiter les effets d’une illégalité à une clause du contrat que faire en sorte que ce contrat soit exécuté dans le respect de la finalité sur laquelle les parties se sont accordées en souscrivant ce type de contrat.* »²⁰⁶

C’est dans cette logique que la jurisprudence *Chronopost*, tout en ne jugeant pas une clause abusive, la réputée non écrite. Dans cet arrêt de 1996, la Cour a considéré qu’ « *en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité qui contredisait la portée de l’engagement pris, devait être réputée non écrite.* ». Cette jurisprudence innove également au plan de la sanction car elle ne choisit pas la nullité du contrat mais simplement

²⁰⁵Selon l’expression de Madame Gaudemet, Maître de conférences, Université Panthéon - Assas (Paris II)

²⁰⁶Gaudement S., *La clause réputée non écrite*, préface. Y. Lequette, Recherches juridiques, Economica, 2006.

une sanction souvent employée en droit de la consommation : la nullité partielle, celle de la seule clause.

Cette finalité de sauvegarde contenue dans le réputée non écrite s’avère autant qu’opportune puisqu’elle ne porterait pas atteinte à l’autonomie de la volonté, car si les parties se sont engagées, c’est avant tout pour parvenir à un objectif prévu initialement. Ainsi, « *s’il se trouve que certaines stipulations entravent la réalisation de l’objectif poursuivi, c’est finalement servir l’autonomie de la volonté que de les écarter en les déclarant non écrites.* »²⁰⁷. En effet, l’arrêt Chronopost a ceci de particulier que les juges de cassation exhortent ceux du fond à réputer non écrite une clause limitative de responsabilité « satisfait ou remboursé » applicable à la mauvaise exécution ou à l’inexécution d’une obligation essentielle rattachée par le visa de l’arrêt à la cause objective.

Dans cette perspective, sanctionner la clause en la réputant non écrite apparaît alors comme un facteur de stabilité, de continuité, dans la mesure où lui seul permet de sauver un contrat promis, dans une vision classique, à une disparition certaine. La révision se présente donc comme un facteur de sauvegarde du contrat menacé de disparition. « *Réviser, c’est durer* ». Cependant, cette volonté du juge de sécuriser les contrats déséquilibrés par la révision, doit être conciliée avec le souci de protéger la partie la plus faible au contrat. La sécurité contractuelle devient de moins en moins un impératif, les possibilités de révision du contrat, du retrait d’une des parties ont été accrues. On considère de plus que le contrat tire non plus sa force obligatoire de la volonté des parties, mais du droit objectif qui la lui confère.

La nécessité d’une législation spéciale des déséquilibres contractuels des contrats de consommation n’est plus à discuter, surtout lorsqu’on observe ses effets bénéfiques sur le corpus juridique.

Section II : L’apport d’une réglementation spécifique des clauses abusives.

Logiquement toute nouvelle réglementation, engendre des effets dans le corpus juridique et une législation spécifique sur les clauses abusives ne saurait échapper à cette règle, comme ça a été perçu en France et pratiquement dans tous les Etats ayant prohibé ces abus. Mais, il conviendra

²⁰⁷ibid

de se baser sur le modèle français pour étudier l’apport qu’a engendré l’adoption de la loi Scrivener de 1978.

D’abord d’un point de vue théorique, cette loi dont l’objet était de réglementer les déséquilibres contractuels des contrats de consommation, a opéré une conciliation entre impératif de sécurité juridique et de justice contractuelle (Paragraphe 1)

Et pour son application, il a fallu mettre en place de procédés spécifiques de lutte contre les clauses abusives (Paragraphe 2).

Paragraphe I : D’un point de vue théorique : conciliation entre impératif de sécurité juridique et justice contractuelle²⁰⁸

L’effet théorique majeur qu’occasionne la mise en place d’une législation sur les clauses abusives est sûrement le souci de concilier, sécurité juridique et justice contractuelle. Si la sécurité juridique est perçue comme la finalité fondée sur le principe de la liberté contractuelle (A), et que la justice contractuelle considérée comme finalité fondée sur la protection de la partie faible (B), comment alors concilier de fait, la protection d’une des parties au contrat tout en fondant le droit des contrats sur le principe de liberté contractuelle ? C’est le dilemme que pose la réglementation des clauses abusives.

A. *L’impératif de sécurité juridique des transactions*

Le concept de clause abusive est un ensemble flou dont il faut bien préciser le contenu pour un souci de sécurité juridique. En effet, la sécurité juridique commande de la cohérence, de la clarté dans toute réglementation. C’est donc un concept, un idéal ou un principe qui exige la prévisibilité ; la stabilité et l’accessibilité aux règles²⁰⁹. L’adoption d’une législation spéciale sur les clauses abusives, n’est pas synonyme d’abandon de la liberté contractuelle dans les contrats de consommation. Loin de là, ce principe subsiste, mais il demeure adapté. En France, il a fallu adapter la réglementation des clauses abusives au système juridique et notamment à l’ensemble des principes prônant l’économie libérale, ceci dans un souci de sécurité juridique.

²⁰⁸V. ALLAOUI (N), *les contrats déséquilibrés*, Mémoire de Master, Université de Montpellier I, 2011.

²⁰⁹D. MAZEAUD, *le juge face aux clauses abusives*, in *le juge et l’exécution du contrat*, p. 23 et s.

La force obligatoire assure la sécurité du contrat. Au Sénégal, en vertu des dispositions de l'article 94 du COCC, le contrat, une fois librement et valablement formé, doit être exécuté tel qu'il a été convenu ; c'est le principe de l'intangibilité du contrat²¹⁰ et du respect de la parole donnée. L'existence d'un déséquilibre entre les prestations respectives des parties ne prive pas le contrat de sa force obligatoire²¹¹. Même les plus ardents défenseurs contemporains du « solidarisme contractuel »²¹² reconnaissent, au nom de la sécurité juridique, qu'il « ne saurait être question de lutter systématiquement contre tous les déséquilibres en vue d'assurer une équivalence arithmétique dans le contrat »²¹³.

Sans sécurité du contrat, il n'y a plus de commerce et de contrat possible. Les règles du jeu ne peuvent pas être sans cesse remises en cause. Ce qui handicape le plus les échanges économiques, c'est l'insécurité, le manque de visibilité de l'avenir. Avec l'essor qu'a pris l'économie libérale, la sécurité du contrat est donc plus que nécessaire.

B. L'idéal de justice contractuelle dans les transactions.

L'institution d'une réglementation spécifique des déséquilibres contractuels répond à la consécration de la justice contractuelle, conception fondée sur la protection de la partie faible. Les lois tendant à éliminer les clauses abusives, parmi elles la loi française, sont généralement présentées comme portant atteinte à la sécurité juridique des transactions. Selon le Professeur AULOY, ce jugement n'est pas fondé. Car Ripert écrivait déjà, en 1935 : « *Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, arrête l'abus de droit, il défend au fond l'idée de force obligatoire, et il peut se flatter de parachever l'œuvre du code civil* »²¹⁴. C'est au contraire la doctrine classique qui bafoue le principe de l'autonomie de la volonté, quand elle admet la force obligatoire de clauses que l'un des contractants ne lit et ne comprend presque jamais²¹⁵.

²¹⁰Sur ce principe, V. les actes du colloque de Chambéry du 28 nov. 1997 : *Dr. et patrimoine* mars 1998, p.41 s.

²¹¹ Cass. 3^e civ., 28 Oct. 2003, n°02-13.580, www.legifrance.gouv.fr.

²¹²L'expression est due à Ch. Jamin, note Ss Cass. 1^{er} civ, 31 janv. 1995 : D. 1995, 390. Pour une présentation éclairée de ce mouvement doctrinal contemporain, V. Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Mel. Offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s. cité par G. PAISANT, op.cit., p.48.

²¹³D. Mazeaud, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat* : LPA30 sept. 1998, p.12.

²¹⁴Ripert, « Le régime démocratique et le droit civil moderne », 1935.

²¹⁵Jean Calais AULOY et Frank Steinmetz, op.cit., p. 187.

Donc ; doit-on s’en tenir à ce qui a été convenu, quelle qu’en soit l’injustice, ou faut-il qu’une autorité extérieure aux parties contractantes s’immisce dans la sphère conventionnelle dans le but de rectifier ce qui a été stipulé ? La réponse à cette question n’est point univoque ; elle dépend de la philosophie du contrat, et plus largement de la philosophie du droit adoptée. C’est alors que se pose le problème de la justice contractuelle. En simplifiant, soit la justice contractuelle se réduit à la convention et le juge doit s’en tenir aux stipulations des parties, soit elle transcende la convention, cette dernière devant lui être soumise et au besoin rectifiée à son aune. L’Etat doit intervenir pour protéger les contractants les plus faibles au nom de l’intérêt général. La liberté ne doit pas être absolue, car elle porte atteinte à l’égalité, en conduisant au règne de la loi du plus fort en matière contractuelle. Elle doit être conciliée avec l’égalité réelle et la protection : la loi doit intervenir pour limiter la liberté contractuelle afin de protéger les contractants faibles. La liberté contractuelle du professionnel doit ainsi tenir compte de l’utilité sociale et de la justice contractuelle qualifiée aussi de « principes directeurs du droit des contrats »²¹⁶

En définitive, nous constatons que la sécurité juridique n’est plus perçue comme au temps de la rédaction du code civil où le contrat était exclusivement la chose des parties et où on consacrait l’égalité des contractants. Désormais, avec la prolifération des abus dans les contrats d’adhésion ou de consommation, il fallut une refonte de cette notion. C’est ainsi, qu’est apparu le souci d’une protection plus efficace de la partie faible dans ces dits contrats à travers notamment la justice contractuelle.

Paragraphe II : D’un point de vue pratique : la mise en place de procédés spécifiques de lutte contre les clauses abusives (Cas du système français).

Les dispositions organisant en France la lutte contre les clauses abusives figurent dans le code de la consommation. Il s’agit évidemment de dispositions impératives. Il conviendra ainsi de voir comment sont déterminées les clauses abusives(A) et comment elles sont éliminées (B)

²¹⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil*, « Le contrat-formation », 2^e éd., 1988, LGDJ, p.160.

A. Instrument permettant de déterminer le caractère abusif d’une clause

Plusieurs instruments concourent à déterminer le caractère abusif d’une clause. Pour des soucis de sécurité juridique, il a fallu d’abord, cerner la notion de déséquilibre contractuel dans le cadre des contrats de consommation.

1. Support légal

La définition de la clause abusive tirée du nouvel article L. 212-1 du nouveau code de la consommation qui précise que l’un des éléments de l’abus sera « *le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties* », mais on observe que la définition du déséquilibre est omise. Selon l’opinion de la doctrine, le déséquilibre réside dans l’absence de prestations équivalentes, que ce déséquilibre se constate lors de l’exécution du contrat ou qu’il soit simplement recherché par la partie forte au moment de sa conclusion²¹⁷. Mais encore faut-il que ce déséquilibre puisse être qualifié de « *significatif* » et que ce dernier s’opère au détriment du consommateur. Ce concept de déséquilibre significatif trouve son origine dans la directive du 5 avril 1993²¹⁸, transposée en droit français par la loi du 1er février 1995 (art. L.212-1 nouveau, Code de la consommation)²¹⁹.

Ainsi, l’article L.132-1 qui transpose une disposition de la directive, précise que le caractère abusif d’une clause s’apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances entourant sa conclusion, de même qu’à toutes les autres clauses du contrat ; et qu’il s’apprécie également au regard de clauses contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l’exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l’une de l’autre²²⁰. En revanche, comme l’a précisé la Cour de Paris, la clause ne cesse pas d’être abusive au seul motif que le consommateur aurait pu faire appel à un autre professionnel dont les contrats ne

²¹⁷TERRE Fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 6e édition, Dalloz, Paris, 1996, p.261 ; POPA I.-F., Reprimarea clauzelor abusive, in *Pandectele romane*, n°2/2004, p.208

²¹⁸Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L.95 du 21 avril 1993, p.29

²¹⁹Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993; La loi de la République Française n°95-96 du 1-er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d’ordre économique et commercial, JO du 2 février 1995, p.1755-1756

²²⁰ Par exemple un prêt lié à une vente.

contiennent pas ladite clause²²¹. Dans le cas où l’appréciation du caractère abusif concerne un contrat déterminé déjà conclu, elle doit se faire *in concreto*, en considération du consommateur contractant et des circonstances de la conclusion. Mais, si l’appréciation du caractère abusif porte sur des conditions générales, sans référence à un contrat particulier, elle se fera nécessairement *in abstracto*, en considération du consommateur moyen et de circonstance habituelle²²².

2. Clauses interdites par décret

La définition des clauses abusives, fondée sur la notion de déséquilibre significatif, est complétée par des dispositions plus précises, servant en quelque sorte de relais entre la définition générale et son application à des cas particuliers.²²³ En ce sens, le Professeur AULOY²²⁴ justifie l’institution de décrets interdisant les certaines clauses jugées abusives, par le souci d’une lutte plus efficace. Certes, il est vain de dresser une liste définitive de toutes les clauses abusives, tant est fertile l’imagination des rédacteurs de contrats, mais il est possible de repérer celles que l’on rencontre le plus souvent et d’en faire une liste non limitative. Le législateur allemand a montré l’exemple, en 1976, en établissant deux listes : l’une (liste noire) de clauses nécessairement abusives, l’autre (liste grise) de clauses présumées abusives²²⁵. Le système est plus complexe en droit français, puisque les listes de clauses résultent de trois sources : de décrets en conseil d’Etat, d’une annexe au code de la consommation, de la commission des clauses abusives.

L’article L. 212-1 nouveau, dans son alinéa 4, prévoit des décrets en conseil d’Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du 1^{er} alinéa. Ces décrets s’imposent aux professionnels et aux juges, ils dressent en quelque sorte des listes noires.

Depuis l’instauration du système en 1978 jusqu’à une période très récente un seul décret avait été pris et ne visait à l’origine que trois clauses abusives. Mais, depuis quelque temps il y a eu des évolutions en ce sens. En effet, un décret du 18 mars 2009 pris en application de la loi du 4 aout 2008 a déterminé deux listes de clauses :

²²¹ Paris, 2 octobre 1998 (D. 1998.IR.238)

²²² J. CALAIS AULOY, op.cit. p.193

²²³ J. CALAIS AULOY, ibid, p.193

²²⁴ Dans son ouvrage intitulé droit de la consommation, publié aux éditions Dalloz

²²⁵ La commission de refonte du droit de la consommation proposait de faire de même en droit français (Propositions pour un code de la consommation, La documentation française 1990, art. L. 105 et L. 107)

Celles qui sont simplement *présumées abusives*²²⁶ (10 clauses au total – parfois dénommées « clauses grises ») : en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, il appartient au professionnel (et non plus au consommateur) d'apporter la preuve du caractère non abusif de la clause.

Exemples :

- Clauses reconnaissant au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable
- Clause imposant au non professionnel ou consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionné.....

Celles qui sont *expressément déclarées abusives*²²⁷ (12 clauses au total – parfois dénommées « clauses noires ») : ce sont celles qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfutable, comme abusives.

Exemples :

- Clause reconnaissant au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat sans reconnaître le même droit au non professionnel ou consommateur ;
- Clause subordonnant, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel. etc. Le décret a cependant prévu certaines exceptions (ex : opération de transfert de valeurs mobilières)

3. Liste annexé au code de la consommation

Une annexe ajoutée en 1995 au code de la consommation fournit une liste qui, aux termes du troisième alinéa de l'article L212-1 nouveau, est « *une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa* ». L'annexe est mot pour mot, identique à celle de la directive de 1993 : la lourdeur du style communautaire a été transposée telle qu'en droit français.

Néanmoins l'annexe n'a pas la même force que les décrets : on notera la différence entre « *qui doivent* » au 2^e alinéa et « *qui peuvent* » au 3^e alinéa. Elle est à peine une liste grise, et d'un gris

²²⁶Art. R.212-2 nouveau code la consommation

²²⁷Art. R.212-1 nouveau code la consommation

très pâle, car l’article L. 212- 1 précise qu’en cas de litige « *le demandeur n’est pas dispensé d’apporter la preuve du caractère abusif de la clause* ». Cependant, elle sert de guide aux professionnels et aux juges, mais elle n’a pas de force obligatoire, de sorte qu’une clause y figurant pourrait, dans une espèce particulière, ne pas être jugée abusive. La liste, en revanche, n’est pas exhaustive : une clause peut être jugée abusive même si elle ne se trouve pas dans la liste annexe²²⁸. C’est le « *déséquilibre significatif* » qui est le critère du caractère abusif, non la présence de la clause dans l’annexe²²⁹.

4. Recommandations de la commission des clauses abusives

La commission des clauses abusives a été instituée par la loi du 10 janvier 1978. Les règles la concernant se trouvent actuellement dans le nouveau code de la consommation (art. L. 822-4 ; L. 822-5 ; L. 822-6 ; L. 822- 9 ; L. 822- 10 ; L. 822- 11). Elle connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non-professionnels ou consommateurs. Elle est saisie soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d’office. La commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif. Les recommandations n’ont aucune force obligatoire. Elles exercent sur simple pression morale. Il est donc important qu’elles soient publiées.

5. Le recours au juge

La remise en cause d’une clause suppose toujours une décision du juge qui doit vérifier si elle répond, compte tenu de son objet ou de son effet, à la définition légale.

Le législateur français n’avait pas voulu confier aux juges le pouvoir de déterminer eux-mêmes le caractère abusif d’une clause : leur seul rôle consistait à appliquer les décrets pris en application de la loi de 1978. Mais devant la carence du pouvoir réglementaire, la cour de cassation française a admis, d’abord de façon prudente, puis en 1991, de façon nette qu’une

²²⁸ Ainsi, a été jugée abusive, dans un contrat de location de voiture, la clause qui met à la charge du preneur le risque de perte ou de détérioration de la chose louée, même en cas de force majeure (Civ. 1^{er}, 17 mars 1998, D. 1998.IR.99)

²²⁹ Certaines cours d’appel prennent motif de ce qu’une clause ne figure pas dans la liste pour la déclarer non abusive (Paris, 1^{er} décembre 1998, D. 1999.IR.64). Cette motivation paraît contestable.

clause pouvait être jugée abusive même en l’absence de décret l’interdisant comme telle. Cette solution a été consacrée en 1995.

Dans la recherche du caractère abusif d’une clause, les juges se réfèrent à la définition donnée au début de l’article L. 212 -1 Nouveau. Ils sont en outre guidés par la liste annexée du code de la consommation et par les recommandations de la commission des clauses abusives. Ils peuvent même demander l’avis de ladite commission. Mais ils ne sont pas liés ni par l’annexe, ni par les recommandations, ni par les avis. La cour de cassation exerce son contrôle sur la détermination des clauses abusives par les juges du fond. Cependant, le pouvoir d’appréciation des juges disparaît presque totalement pour les clauses qui ont été interdites par décret (art. R. 212-1 et R. 212- 2 c.consom) et plus généralement pour celles qui sont contraires à une disposition impérative de la loi ou du règlement. De telles clauses sont nécessairement abusives ; le rôle du juge se borne alors à déterminer si la clause qui lui est soumise entre ou non dans le domaine de l’interdiction législative et réglementaire.

B. Méthodes d’élimination des clauses abusives

En France, il existe deux méthodes d’élimination des clauses abusives :

1. Nullité des clauses dans les contrats déjà conclus

L’article L. 241 nouveau du code de la consommation énonce, dans son alinéa 1, que « *les clauses abusives sont réputées non écrites* », et que « *le contrat restera applicable dans toutes les dispositions autres que celles jugées abusives s’il peut subsister sans lesdites clauses* ». La nullité atteint donc la clause²³⁰; mais non le contrat. La solution est conforme à l’intérêt du consommateur, qui entend généralement maintenir le contrat purgé de ses clauses abusives²³¹.

La sanction joue à l’occasion d’une action en justice exercée par l’un des contractants contre l’autre : ou bien c’est le professionnel qui demande à être payé, ou bien c’est le consommateur qui réclame la prestation promise. Alors vient en question l’application des clauses du contrat. Le consommateur cherche à écarter celles qui lui sont favorables : il doit pour cela prouver leur

²³⁰ J. CALAIS AULOY soutient qu’il n’y a pas de différence entre clause nulle et clause réputée non écrite. (Contra : KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, Chron. 59)

²³¹ On notera la réserve : le contrat tombera s’il ne peut subsister sans lesdites clauses ; la preuve de ce lien incombe au professionnel ; le cas devrait rester exceptionnel.

caractère abusif. Même si le consommateur n’invoque pas le moyen, le juge pourrait, semble-t-il, relever d’office le caractère abusif d’une clause et réputer la clause non écrite.

S’agissant d’un contrat déjà conclu, l’appréciation du caractère abusif se fait *in concreto*. Le juge doit tenir compte de la situation particulière des contractants : telle clause, qui serait abusive dans tel contrat, ne le sera peut-être pas dans tel autre si elle a donné lieu à négociation et à contrepartie²³².

Ainsi dans les contrats déjà conclus, les clauses abusives sont éliminées par l’effet d’une espèce de fiction juridique : bien qu’elles soient écrites, le juge fera comme si elles ne l’étaient pas. Cette sanction est nécessaire, mais elle ne saurait suffire. Elle suppose, en effet que le contrat soit, après sa conclusion, porté devant un juge, ce qui est rare dans les affaires de consommation. A supposer même qu’une clause soit réputée non écrite par un juge, cette décision n’aura d’effet que pour le consommateur partie au litige. Dans de nombreux contrats, la clause abusive s’appliquera, du moment qu’elle est écrite, sans que le consommateur songe même à invoquer sa nullité. Réputer non écrites les clauses abusives permet de protéger ponctuellement quelques consommateurs, mais ne permet pas de régler globalement le problème des clauses abusives. Il faut donc aller plus loin et chercher à les supprimer effectivement.

2. *Suppression des clauses dans les contrats à conclure*

Dans l’esprit du législateur de 1978, les recommandations de la commission des clauses abusives devaient inciter les professionnels à supprimer lesdites clauses de leurs modèles de convention²³³. Ce système de soft Law a produit quelques résultats. On a vu des entreprises modifier leurs conditions générales pour tenir compte des recommandations de la commission. Mais les résultats sont insuffisants : en l’absence de sanction, de nombreuses entreprises continuent à proposer aux consommateurs des modèles de contrat contenant des clauses abusives.

S’agissant de l’éradication des clauses abusives à venir, l’article L.621-2 nouveau du Code de la Consommation donne aux associations de consommateurs la possibilité d’agir, à titre préventif, en suppression de clauses illicites ou abusives¹ afin de permettre une meilleure lutte

²³² J. CALAIS AULOY, *op.cit.*, p.200

²³³ L’expression « modèle de convention » désigne, dans la loi française, le document préédigé sur lequel figurent les clauses des contrats à conclure. La pratique emploie généralement l’expression « conditions générales du contrat »

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

contre les clauses abusives. Cette possibilité résulte du fait qu’une clause, qui a été judiciairement déclarée abusive, ne disparaît pas de l’univers des contrats de consommation. En effet, rien n’empêche le professionnel de la maintenir dans les autres contrats qu’il proposera aux consommateurs. Ainsi pour permettre une éradication plus complète de ces clauses, l’article L.621-2 nouveau du Code de la Consommation permet à certaines associations de consommateurs de demander à la juridiction civile d’ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d’une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur.

Chapitre II: Les autres obstacles pouvant impacter sur la protection du consommateur contre les clauses abusives.

En dehors de l'obstacle majeur que constitue l'absence de législation spéciale sur les clauses abusives, il subsiste d'autres difficultés diverses qui impactent sur la protection du consommateur contre ces abus. Mais de manière générale, ces insuffisances résultent du vide juridique que l'on constate dans notre droit positif. Par analogie au système français, on peut déduire que l'instauration d'une législation particulière sur les clauses abusives engendre, ipso facto, la création d'institutions chargées d'appuyer le législateur dans la lutte contre les abus²³⁴ de nature contractuelle. Donc il faut d'abord concevoir un cadre de protection précis et ensuite instaurer divers acteurs chargés de veiller à l'effectivité de la législation établie en ce sens.

L'expérience montre qu'une lutte efficace contre les clauses abusives ne peut se faire sans la synergie de quatre acteurs. Premièrement, l'action déterminante du législateur qui doit définir le cadre de protection à travers l'instauration d'une loi ; deuxièmement, pour appuyer l'action du législateur, il est nécessaire d'établir des organismes administratifs²³⁵ dont les attributions se porteront exclusivement sur la régulation des déséquilibres contractuels entre professionnels et consommateurs, ensuite ; il faudra accorder aux juges les moyens de corriger les abus contractuels en sanctionnant en aval toute dérive de ce genre qui lui sera soumis, enfin le consommateur par son comportement doit lui aussi veiller à s'informer et à être capable de comprendre les clauses des contrats qui lui seront soumis afin de mieux apprécier la teneur.

Ainsi, au Sénégal, malgré l'existence d'une multitude d'institutions chargées de défendre les consommateurs, on constate qu'elles rencontrent d'énormes difficultés en ce qui concerne la protection de ces derniers contre les clauses abusives (SECTION I); mais au-delà de la carence

²³⁴ C'est à la suite de l'adoption de la loi scrivener qu'ont été institués des organismes administratifs comme la commission des clauses abusives ou encore la DGCCRF

²³⁵ Comme organismes ou institutions spécialement chargés de la répression des clauses abusives en France, on peut citer la commission des clauses abusives instituée par la loi du 10 janvier 1978, placée auprès du ministère chargé de la consommation.

du cadre institutionnel et normatif, le comportement du consommateur sénégalais semble constituer un autre obstacle dont il paraît opportun de prendre en compte (Section II).

Section I : L’insuffisance du cadre institutionnel de protection du consommateur

L’insuffisance du cadre institutionnel se manifeste largement si l’on observe le faible impact des organes de régulation dans l’éradication des clauses abusives. Un cadre institutionnel satisfaisant pour la protection des consommateurs contre les clauses abusives ne peut exister en l’absence de réglementation spécifique de ces abus.

Plusieurs facteurs expliquent cet état de fait : les textes existants ne suffisent pas pour une lutte efficace contre les clauses abusives et cela entraîne des répercussions sur la régulation des déséquilibres contractuels entre opérateurs et consommateurs (Paragraphe I), mais aussi cette carence des textes a des répercussions négatives sur la capacité d’action des associations de consommateurs (Paragraphe II).

Paragraphe I : Répercussion de la carence des textes sur la régulation des clauses abusives.

L’absence de réglementation des clauses abusives en droit positif sénégalais est le principal facteur de l’inefficacité du cadre institutionnel de protection des consommateurs en matière de lutte contre les clauses abusives. En effet, ce vide juridique engendre d’énormes difficultés aussi bien pour les organes de régulation, que pour les associations de défense des consommateurs.

En effet, en tant qu’institutions de correction des irrégularités du marché, les organes de régulation sont très handicapés par la carence des textes. Sans dispositif de protection spécifique, il s’avère difficile de trouver un cadre de lutte efficace. Ainsi, pour la plupart des organes de régulation²³⁶, le concept de régulation des clauses abusives n’entre pas dans leurs attributions (A). Il est fort aussi de constater que l’inexistence d’un organe spécifique de lutte contre ces abus (B) constitue aussi un problème majeur.

²³⁶Sauf l’ARTP a prévu dans la loi du 2011-01, un contrôle des contrats d’abonnement pour l’éradication d’éventuelles clauses abusives.

A. L’exclusion de la prohibition des clauses abusives dans les attributions de la plupart des organes de régulation.

Les organes de régulation sont chargés de veiller à assurer le suivi des transactions entre opérateurs et entre ces derniers et les consommateurs. Cette intervention pourrait prévenir les conflits entre opérateurs souvent préjudiciables aux intérêts des consommateurs²³⁷. Au regard des objectifs prescrits par la loi cadre, on pourrait déduire que la prohibition des clauses abusives devrait rentrer dans les attributions des organes de régulation. En effet, la loi cadre dans son article 3 dispose que « (...) dans chaque secteur qu’elle est chargée de réguler, l’institution de régulation a pour mission : de veiller à l’équilibre entre les intérêts de l’autorité concédante et ceux des investisseurs et consommateurs etc..... (.....) ». On constate que la prohibition des clauses abusives cadre bien avec l’esprit de cette disposition.

Cependant, entre la théorie et la pratique, le fossé reste encore profond et tous les organes ne jouent pas de manière efficiente, leur rôle de protection des intérêts des consommateurs. Plusieurs limites peuvent être recensées s’agissant de ces organes de régulation et qui touchent leur mission de protection des consommateurs, et plus particulièrement en ce qui concerne la prohibition des clauses abusives dont il n’existe aucune disposition explicite qui prévoit une possible répression de ces abus.

L’exclusion de la répression des clauses abusives par la plupart des organismes administratifs de régulation se manifeste principalement dans les textes qui instaurent chaque organe de régulation. En ce sens parmi les services d’infrastructures régulés seul le secteur des télécommunications à travers l’ARTP a prévu un contrôle en amont des contrats d’adhésion proposés aux consommateurs dans le dessein de déceler des clauses abusives.²³⁸

L’absence de réglementation des clauses abusives entraîne des répercussions sur la régulation de certaines pratiques bien connues du marché²³⁹. Si la loi cadre exige des autorités de régulation

²³⁷ Art.3 de la loi 2002-23 du 04 septembre 2002

²³⁸ Article 142 de la loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant Code des Télécommunications ; J.O. N° 6576 du LUNDI 14 MARS 2011

²³⁹ C’est l’ensemble des abus qu’un professionnel peut user dans ses relations avec les consommateurs, à titre d’exemple lorsqu’il insère des clauses qui créent des déséquilibres significatifs dans les prestations convenues.

de veiller à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles²⁴⁰, elle reste muette quant à l’interdiction des clauses abusives dans les contrats proposés par les opérateurs des secteurs régulés aux consommateurs. Face à ce vide juridique, les organes de régulation rencontrent d’énormes difficultés dans leur mission de protection des consommateurs.

B. Inexistence d’organe spécifique de lutte contre les clauses abusives.

L’inexistence d’un organe spécifique de lutte contre les clauses abusives est aussi un effet de la carence des textes en la matière. En effet, la complexité des clauses abusives suppose l’instauration d’institutions chargées spécialement de la lutte contre ces abus. Par analogie à la plupart des Etats qui ont consacré une réglementation spécifique des clauses abusives, on constate l’existence d’organes administratifs ayant pour mission principal de réguler ces abus. Par exemple, en France, la loi scrivener a engendré immédiatement l’établissement d’un cadre institutionnel spécifique. C’est ainsi, qu’un organe dénommé « *commission des clauses abusives* » fut créée par la loi du 10 janvier 1978. Elle occupe une place centrale dans la lutte contre les clauses abusives, et les indices font écho de son efficacité puisqu’elle a permis l’éradication de milliers de clauses abusives dans des contrats proposés aux consommateurs à travers ses avis et recommandations. En effet, la commission recommande la suppression ou la modification des clauses abusives. Le ministre public peut soit d’office, soit à la demande de la commission, rendre publiques ces recommandations qui ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l’identification de situations individuelles. La procédure d’élaboration d’une recommandation suit des étapes²⁴¹ bien définies. A côté des recommandations, la commission rend des avis qui sont de deux sortes. Il y a l’avis aux juridictions et l’avis au gouvernement. Il y a avis aux juridictions lorsque notamment, elle est saisie par un jugement avant dire droit. Elle dispose de 3 mois pour rendre l’avis, qui ne lie pas la juridiction. L’avis

²⁴⁰ Art.5 de la loi 2002-23 du 04 septembre 2002 portant cadre de régulation des entreprises concessionnaires de service public.

²⁴¹Collecte des contrats ; Désignation d’un rapporteur ; Rapport de cadrage : la collecte est-elle satisfaisante ? ; Pré rapport : le rapport devient celui de la Commission ; Audition des professionnels ; Recommandation ; publication.

suit aussi une procédure bien déterminée²⁴². Quant à l’avis au gouvernement, elle résulte de l’application de l’article L. 212-1 nouveau et du décret de 2008 :

- une liste de clauses présumées abusives (le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse).
- Des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu’elles portent à l’équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.

Au regard de ce qui précède, nous constatons que la commission des clauses abusives a une grande place dans le dispositif français de lutte contre les clauses abusives. Une lutte efficace contre les clauses abusives va de pair avec l’institution d’un organe spécialement chargé de réguler ces abus.

Paragraphe II : Répercussion de la carence des textes sur la capacité d’action des associations de consommateurs.

Un droit qui se veut suffisamment protecteur ne peut pas se contenter de l’efficacité purement formelle de la règle juridique. Même si le législateur souhaite que les litiges de droit de la consommation soient réglés par des procédés non judiciaires, le recours au juge demeure indispensable en cette matière. Cela suppose que, à côté des actions individuelles des consommateurs pour la défense de leur intérêt personnel, il existe des actions fondées sur l’intérêt collectif des consommateurs.

Les associations de consommateurs sont des associations à vocation de défense des droits des consommateurs contre les abus dont ils peuvent être victimes dans leurs relations d’avec les professionnels. En ce sens pour leur donner plus de portée, l’Etat par sa volonté politique d’intégrer le consommateur dans le processus de rationalisation de l’économie de marché, a fait montre d’une volonté d’accroître la capacité d’action de ces organismes en prévoyant la possibilité d’être agréé par la puissance publique tel qu’en atteste le Décret n° 2010-1465 en date du 8 novembre 2010 qui définit les conditions et la procédure d’agrément des associations de consommateurs. Ce qui aurait dû fondamentalement leur donner plus de reconnaissance dans

²⁴²Réception du dossier complet (jugement, contrats, pièces utiles) ; Désignation d’un rapporteur ; Rapport à la Commission ; Avis ; Transmission au greffe ; Publication sur le site (1 mois après transmission)

un contexte socio-économique marqué par la libéralisation. Mais malheureusement, on constate que cet agrément ne leur offre pas la possibilité d’intenter des actions en justice comme dans la plupart des Etats occidentaux. En effet, cette carence affecte leur capacité d’action, notamment dans leurs missions de défense des intérêts des consommateurs.

C’est pourquoi le mouvement consommateur sénégalais fait face à de nombreuses contraintes qui réduisent l’efficacité de son action dans la lutte contre les clauses abusives. Des répercussions sont notées au plan juridique d’une part, et financier d’autre part (A). A contrario, pour une meilleure appréhension du rôle bénéfique des associations de consommateurs, le recours au droit comparé, en particulier celui du système français, s’avère opportun pour notamment justifier la nécessité d’accorder plus de capacités d’action à ces organismes afin qu’ils jouent pleinement leur rôle de défenseur des intérêts des consommateurs (B).

A. Répercussion au plan juridique et financier.

Les associations de consommateurs sénégalaises ne peuvent, ni se constituer partie civile, ni déposer des plaintes entre les mains du procureur lorsque notamment un préjudice affecte ou touche l’intérêt général (action collective). Aucun texte ne leur permet d’intenter de telle action devant les juridictions. Ce vide juridique est souvent décrié par les associations de consommateurs²⁴³, cela les empêche naturellement de contrecarrer par voie judiciaire l’insertion de clauses abusives dans les contrats soumis aux consommateurs²⁴⁴.

Pour le moment, les actions ouvertes aux associations de consommateurs sont réduites. En effet, ces actions n’ont pas toujours pour objet premier la réparation d’un préjudice; elles tendent surtout à sanctionner un comportement illicite. Elles sont accordées aux associations agréées, mais ne peuvent être portées que devant les organes de régulation lorsqu’il porte sur une activité régulée. Une réforme en ce sens est vivement souhaitée²⁴⁵.

²⁴³L’ACSIF a dénoncé ce vide qui constitue un obstacle majeur dans la capacité d’action des associations de consommateurs.

²⁴⁴Les associations de consommateurs agréées ont seulement la possibilité de saisir tout organe public dont l’activité est liée aux questions de concurrence et de consommation. (Art 7 du décret n°2010-1465 en date du 8 nov. 2010).

²⁴⁵Certains suggèrent la reconnaissance de la qualité à agir aux associations de consommateurs pour la défense d’intérêt collectif.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

Au plan financier, nous constatons que la plupart des associations de consommateurs ne disposent pas de moyens suffisants pour mener à bien leur mission de protection des consommateurs. En effet, seules les associations agréées peuvent bénéficier de subventions étatiques. En l’absence de subventions, leurs sources de revenus sont constituées de dons, de la vente de leurs cartes de membres etc. En effet, la question des moyens est le principal point de blocage des associations. Pour garder leur crédibilité, elles ont besoin de rester indépendantes à l’égard des administrations publiques, des fournisseurs ; des entreprises de toutes sortes. La recherche de financement des projets reste donc la meilleure garantie d’indépendance financière²⁴⁶.

Une enquête menée par consumer international²⁴⁷, a mis en évidence la faible capacité des associations sénégalaises de consommateurs dans la défense des droits et intérêts des consommateurs. Cette situation n’est pas imputable à un manque d’intérêt, mais est plutôt une conséquence de leurs limites pour la prise en charge de telles questions. En effet, le droit de s’organiser, pour des catégories comme les consommateurs, ne devrait pas se limiter à la simple reconnaissance officielle mais s’étendre au renforcement de leurs capacités afin d’en faire des structures fortes. De la quinzaine d’associations sénégalaises, pas plus de trois ne disposent d’un siège fonctionnel et de personnels permanents, bien formés et exerçant en plein temps. L’efficacité des associations de consommateurs est fonction de leur capacité de mobilisation sociale pour les changements de comportements et de situations défavorables. Ce qui exige des associations la conduite d’activités permanentes de collecte, traitement et diffusion d’informations en temps réel, d’où la nécessité de la disponibilité de compétences et de moyens faisant énormément défaut aux associations sénégalaises.

Il est évident que sans moyens financiers suffisants, les associations trouveront d’énormes difficultés à défendre les consommateurs au regard notamment de la complexité de la notion de clauses abusives. En effet, une lutte efficace contre ces abus contractuels exige des compétences énormes en techniques contractuelles et des efforts en termes de publicité et d’éducation des consommateurs.

²⁴⁶ Mohammed Abdou Ammor ; vice-président de la confédération des associations de consommateurs au Maroc.

²⁴⁷ Consumer international, « Rapport de recherche sur la protection des consommateurs au Sénégal », oct. 2003

B. Renforcer la capacité d'action par une législation spéciale.

En droit positif sénégalais, seuls les syndicats professionnels ont qualité à agir pour la défense d'intérêts collectifs. En effet, l'article L15 de la loi n°97-17 portant code du travail autorise les syndicats à exercer devant toutes les juridictions répressives tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. En outre, il n'existe aucune habilitation de cette sorte, pour les associations de consommateurs.

Cependant, en France, les actions judiciaires des associations pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs²⁴⁸ ont été pour la première fois consacrées par une loi du 27 décembre 1973²⁴⁹, qui conféra aux associations agréées le droit d' « *exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ». Le législateur français a ensuite fait prévaloir une conception beaucoup plus extensive.

Deux lois, l'une du 05 janvier 1988²⁵⁰, l'autre du 17 mars 2014 ont considérablement élargi les possibilités d'action collective des associations de consommateurs. A titre principal et à côté de la tradition action civile²⁵¹, ont ainsi été instituées l'action de groupe²⁵² et l'action en cessation des clauses abusives.

²⁴⁸ V., plus largement, sur les actions des associations : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997. , - M. –J. Azar-Baud, *les actions collectives en droit de la consommation*, Dalloz, 2013. Cité par G. PAISANT, *Défense et illustration du droit de la consommation*, op.cit. p.106.

²⁴⁹ L. n°73-1193 d'orientation du commerce et de l'artisanat, art. 46 : JOF 30 déc. 1973, p.14139.

²⁵⁰ L. n° 88-14, relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs : JOF 6 janvier. 1988, p.219, - G Viney, « un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs » : JCP G 1988, I, 3355. – J. Calais Auloy, « les actions en justice des associations de consommateurs/ commentaire de la loi du 5 janvier 1988 » : D. 1988, chron. 193. – G. Paisant, « les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives » : D. 1988, chron. 253.

²⁵¹ C. consom, art. L. 421-1 et s. qui peut donc être exercée par l'association agréée aussi bien devant la juridiction pénale que devant la juridiction civile, tend à la réparation du dommage que la commission d'une infraction pénale pu causer à l'intérêt collectif des consommateurs.

²⁵² Une action récente en droit français, qui, après avoir été bien des fois promise et repoussée, a finalement été créée, en France, par la loi du 17 mars 2014. Elle répondait à une vive attente des associations de consommateurs et à une non moins vive inquiétude des milieux professionnels. Son objet est bien connu : il s'agit de permettre l'indemnisation effective de petits préjudices individuels, subis par une multiplicité de consommateurs indéterminés, du fait du même comportement d'un ou de plusieurs professionnels, des préjudices trop peu importants pour légitimer le coût et l'embarras d'une action individuelle. V. Parmi une très abondante littérature : V. Rebeyrol, « La nouvelle action de groupe » : D. 2014, 940. – N. Molfesis, « L'exorbitance de l'action de groupe

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

Pour ce qui est de l’éradication des clauses abusives, la capacité d’action des associations de consommateurs françaises a été pleinement renforcée par l’instauration de l’action en cessation ou suppression de clauses abusives²⁵³. En effet, la législation sur les clauses abusives offre aux associations de consommateurs des leviers d’action importants en matière de clauses abusives. Ainsi, les associations agréées peuvent agir tant devant les juridictions de droit commun que devant la commission des clauses abusives. Devant les juridictions de droit commun, les associations agréées peuvent soit agir indépendamment de tout contentieux afin de faire condamner le professionnel à retirer la clause en question, soit agir dans le même but à l’occasion d’un litige particulier opposant un consommateur à un professionnel. Les associations de consommateurs peuvent également saisir la commission des clauses abusives : dans ce cas cette dernière rendra un avis sur le caractère abusif ou non d’une clause.

Pour rappel cette action en suppression des clauses abusives a été créée en 1988, elle relève de l’initiative de toute association agréée, que soit au niveau local ou au niveau national. Elle peut donc être exercée indépendamment de tout litige individuel opposant un consommateur à un professionnel. Cette action judiciaire est dirigée contre un professionnel déterminé afin qu’il soit condamné, au besoin sous astreinte, à supprimer une ou plusieurs clauses illicites ou abusives dans les contrats proposés ou destinés aux consommateurs. Par une interprétation compréhensive, la cour de cassation française²⁵⁴ a considéré que cette action restait recevable lors même que les documents contractuels en cause, rédigés par les professionnels étaient, en fait, utilisés dans les rapports entre consommateurs, hors la présence de tout professionnel.

à la française » : D. 2014, 947. – A. –S. Choné – Grimaldi et L. Raschel, « L’action de groupe : tout vient à point à qui sait attendre » : *Contrats, conc. Consom.* Mai 2014, étude 4. – L. François-Martin et I. Dulouede, « L’introduction de l’action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises » : *Contrats, conc. Consom.* Mai 2014, p.24 et s. – D. Mainguy, « L’action de groupe en droit français », Lextenso, 2014. – M. Bacache, « Introduction de l’action de groupe en droit français » : *JCP G* 2014, n°377.

²⁵³En France, un projet de loi existe en ce sens : projet de loi relatif à la santé (art.45), Doc. AN n°2303, XIV^e législature, p.42 et s. et 137 et s.

²⁵⁴Cass. 1^{er} civ. 3 février 2011 : Bull. civ. 2011, I. n°23; D. 2011, 1659, note Chantepie; JCP G 2011, n°414, note Paisant; *contrats. Conc. Consom.* 2011, n° 102, obs., Paisant ; RTD civ. 2011, p. 350, obs. Fages. – D. Houtcieff, « L’action en suppression de clauses abusives n’exige pas qu’un professionnel soit partie au contrat » : *Rev. Lamy dr. Civ.* Juin 2011, p.7 et s.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

En revanche, elle a jugé irrecevable l’action relative à un modèle de contrat régissant les rapports entre des syndicats de copropriété et les syndicats de copropriétaires²⁵⁵ au motif que ces derniers, en tant que personnes morales, n’étaient pas consommateurs, et ce quand bien même ils seraient des non- professionnels protégés, sur le fondement d’un autre texte²⁵⁶, contre les clauses abusives. Si cette jurisprudence respecte la lettre de la loi, elle n’est toutefois pas conforme à son esprit. Elle l’est d’autant moins que, dans le même temps, la loi du 17 mars 2014²⁵⁷ guidée par la jurisprudence de la cour de justice de l’union européenne²⁵⁸, a voulu élargir la portée des décisions rendues sur l’action collective. Elle a permis aux associations, à l’occasion de leur saisine du juge aux fins de la suppression de diverses clauses, de lui demander de déclarer que les stipulations reconnues abusives soient réputées non écrites « *dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec les consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés* ».

Malgré les aléas tenant à sa mise en œuvre, cette réforme traduisait bien la volonté législative de pousser plus avant la lutte contre les clauses abusives dans l’intérêt de tous les consommateurs. Ce faisant, le législateur français avait clairement voulu briser la jurisprudence de la cour de cassation qui, jusqu’alors, décidait que l’action en cessation était devenue sans objet si, au jour où le juge était amené à statuer, il s’avérait que les modèles de contrats litigieux n’étaient plus proposés aux consommateurs²⁵⁹, le professionnel les ayant retirés de la circulation. L’échappatoire était facile au détriment des consommateurs s’étant précédemment engagés et dont les contrats infectés étaient encore en cours d’exécution. Désormais les choses sont encore plus claires à ce sujet puisque, depuis une loi du 6 aout 2015²⁶⁰, l’action en suppression s’applique aux contrats « *en cours ou non* » proposés ou destinés aux consommateurs.

²⁵⁵Cass. 1^o civ. 4 juin 2014: *Bull. Civ.* 2014, I, n^o 2014, I, n^o102; LPA 2-3 sept. 2014, p. 9, note N. Litaize.

²⁵⁶C. consom, art. L. 132-1.

²⁵⁷ Art.81: c. consom, art. L. 421-6, al. 3.

²⁵⁸ CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10 : JCP G 2012, n^o840, note Paisant.

²⁵⁹ Cass. 1^{er} civ, 13 mars 1996: *Bull. civ.* 1996, I, n^o134, -cass. 1^{er} fevrier 2005: *Bull. Civ.* 2005, I, n^o 59; JCP G 2005, II, 10051, note Paisant.

²⁶⁰ L. n^o2015-990 pour la croissance, l’activité et l’égalité des échanges économiques : JO 7 aout 2015, p. 13537, modifiant les dispositions de l’art. L. 421-6 du code de la consommation.

Il est évident au vu de cette réglementation ardue, que les associations de consommateurs françaises sont bien outillées juridiquement pour lutter de manière efficace contre les clauses abusives.

Au Sénégal, comme le suggère consumer international²⁶¹, la modification des critères de la qualité pour agir constitue une alternative aux mécanismes de l’action collective, en permettant la reconnaissance des associations de consommateurs qui ne remplissent pas directement les critères de la qualité pour agir (car l’organisation des consommateurs n’a pas directement subi le préjudice), ce qui les autoriserait à représenter les consommateurs devant un tribunal. C’est un outil efficace pour les Associations de Consommateurs car elles peuvent utiliser directement leurs moyens et leur expertise pour faire appliquer les droits et contribuer à l’amélioration de la jurisprudence.

En définitive, nous constatons que la carence des textes justifie pleinement l’insuffisance du cadre institutionnel, tant au niveau des organes de régulation que des associations de défense des consommateurs. En outre, mis à part ces obstacles d’ordre institutionnels, l’état du « *consommateur sénégalais* » constitue aussi un obstacle majeur à la lutte contre ces déséquilibres contractuels.

Section II : Les difficultés liées à une persistante vulnérabilité du consommateur sénégalais.

Soldes, promotions exceptionnelles, discount, broderie : autant d’offres alléchantes qui incitent le consommateur à consommer davantage. Mais est-il averti de ses droits et de ses obligations ? Lorsqu’il souscrit un crédit, connaît-il les modalités précises d’un tel contrat ? S’il cède aux sirènes de la vente à distance, a-t-il des droits par rapport à la société qui délivre le produit ? Le consommateur moyen, est persuadé qu’il peut compter sur la protection du législateur. Mais ne doit-il pas faire preuve de sens critique, afin de ne pas se retrouver dans la position du « *consommateur vulnérable* » ?

Cependant, en France, on sait que c’est en raison de leur vulnérabilité que les consommateurs disposent d’une protection législative spécifique²⁶². Le consommateur n’est pas en lui-même un

²⁶¹ Consumer international, « un guide pour le développement d’un droit sur la protection des consommateurs », avril 2011

²⁶²J- P- GHAZAL, *Vulnérabilité et droit de la consommation*, in *vulnérabilité et droit*, PUG 2000, p.243 et s.

être vulnérable, il n’est vulnérable que dans sa relation avec le professionnel. L’existence de la vulnérabilité de la partie faible au contrat trouve une manifestation éclatante en droit de la consommation. Le droit de la consommation est imprégné de la théorie selon laquelle « les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis des professionnels ». Ils ne sont vulnérables que lorsqu’ils sont confrontés aux professionnels. On n’envisage pas l’application du droit de la consommation à un contrat conclu entre deux consommateurs.

Néanmoins, le consommateur de par son comportement est censé être le meilleur défenseur de ses intérêts²⁶³. S’il est évident que le consommateur est généralement en position de faiblesse par rapport au professionnel, il subsiste cependant un certain sens de responsabilité de sa part. Ainsi, dans un article sur la notion de consommateur, le Professeur Ghazal²⁶⁴ propose une définition originale de la notion de consommateur qu’il assimile à « *une règle de preuve* ». Face à la présomption irréfutable de position de faiblesse économique du consommateur en droit positif, l’auteur propose une présomption simple conduisant à n’accorder cette protection que dans la mesure où la personne est effectivement vulnérable, au regard de la situation contractuelle en cause. Ainsi, la présomption de consommateur est écartée dans certaines hypothèses « *dans lesquelles le consommateur de par ses connaissances ou sa puissance patrimoniale n’est pas en situation de vulnérabilité* »²⁶⁵.

Par extension à cette thèse, on pourrait soutenir que le consommateur, par exemple lorsqu’on lui soumet des contrats en vue d’une adhésion, devrait faire une appréciation économique dudit contrat afin de déterminer si ce dernier lui semble lésionnaire ; dans le cas contraire le dénoncer par tous les moyens juridiques et autres dont il dispose. Cependant, nous constatons une inertie manifeste du consommateur sénégalais face à des déséquilibres contractuels qu’il constate de son propre chef (Paragraphe I) ; néanmoins, il existe quelques remèdes qui pourraient changer la donne (Paragraphe II).

²⁶³CJCE, 30 nov. 1983, Aff. C- 227/82 (pt 18): Rec. CJCE 1983, I, p.3885.

²⁶⁴J. – P. Ghazal, *ibid.*

²⁶⁵Jean-Pascal CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, Chron. pp. 260-266, p. 266, n° 29.

Paragraphe I : L’effet néfaste de l’inertie du consommateur

Dans la vie réelle des relations de consommation, de multiples facteurs conduisent les parties à l’inertie, en dépit de la norme de droit. Quant au consommateur, les obstacles qui l’empêchent de se prévaloir de ses droits sont bien connus : le défaut d’information quant à l’existence même de ceux-ci, la complexité du langage juridique, le comportement formel des acteurs du droit, la lenteur et la bureaucratie de l’appareil judiciaire et, surtout, l’enjeu souvent faible du litige par rapport aux coûts de l’exercice de ses droits, sans oublier les barrières psychologiques et culturelles, entre autres.

Au Sénégal, en ce qui concerne la lutte contre les clauses abusives, le comportement du consommateur s’avère tout aussi préjudiciable que l’absence de réglementation. En effet, plusieurs consommateurs subissent des abus quotidiens et se voient souvent imposer des clauses déséquilibrées dans des contrats de consommation, ils n’ont pas le réflexe de dénoncer et ils se laissent faire parce qu’ils sont dans le besoin de se procurer le produit ou le service. L’absence de réglementation spécifique ne signifie pas qu’il n’existe pas de moyens légaux de protection comme nous l’avons tantôt relevé. Mais si le consommateur méconnaît ces mécanismes (A), et vu le coût élevé de l’action en justice (B) ; il semble peu probable qu’il ait le réflexe de dénoncer une quelconque dérive.

A. Méconnaissance des mécanismes de protection.

Il est indéniable que l’inertie du consommateur est manifeste, et cela est dû en grande partie à sa méconnaissance des mécanismes de protection existants²⁶⁶. Le plus souvent les consommateurs sont ignorants des droits qui leur sont accordés par la loi²⁶⁷. Le niveau d’éducation juridique reste faible²⁶⁸. En effet, comme nous l’avons tantôt relevé, le consommateur peut faire usage des instruments de droit commun relatifs au déséquilibre contractuel, pour obtenir réparation. Au Sénégal, les particuliers n’ont pas l’habitude de saisir

²⁶⁶V. J. – G. Belley, *La loi sur la protection du consommateur comme archétype d’une conception socio-économique du contrat*, in *Mél. C. Masse*, éd. Y. Blais, 2003, p. 139-140.

²⁶⁷CARBONNIER J., *Droit et passion du droit dans la V^e République*, Flammarion, 1996, p.95 : « La communication prolonge le droit de la manière la plus simple lorsqu’elle se limite à transmettre le contenu, en l’expliquant à ceux qui l’ignoraient ou ne pouvaient le comprendre ».

²⁶⁸PAISANT G, *Défense et illustration du droit de la consommation*, op.cit., p.41.

les tribunaux pour des questions de consommation. Il est indispensable d’insister sur l’attitude nécessairement responsable que doit adopter le consommateur, notamment dans le monde moderne qui est la nôtre, avec toute sa complexité. Il est évident, qu’un consommateur qui ne prend pas le temps de s’informer un tant soit peu sur le produit ou la prestation qu’il projette de contracter avec un professionnel, qui ne fait pas l’effort de chercher à comprendre, de comparer, d’analyser un minimum, se rend quelque part coupable de naïveté, et passera beaucoup plus facilement entre les mailles des filets tendus par les professionnels. On ne peut pas attendre tout du législateur, protection et assistance universelle.

Certes, il achète ou sous traite ce qui sort du champ de ses compétences et qu’il ne sait pas produire lui-même, mais cela ne l’empêche pas de faire preuve de discernement, et d’agir en adulte raisonnable, en sollicitant plusieurs avis et conseils avant de s’engager et même pendant la réalisation.

La méconnaissance des mécanismes, engendre logiquement un manque de réactivité des consommateurs face aux multiples abus qu’ils sont censés dénoncer. Ils n’ont pas toujours le réflexe de saisir les autorités compétentes. Par exemple, dans le secteur des télécommunications et des postes, en vue de faciliter les réclamations des consommateurs, l’ARTP a mis en place une cellule consommateurs chargée de recueillir les plaintes de ces derniers. Par l’instauration de cette instance, l’ARTP entend faire réagir les consommateurs face aux différents abus dont ils sont victimes quotidiennement dans leurs rapports de consommation. L’inertie du consommateur peut s’expliquer aussi par le coût élevé de l’action en justice.

B. Le coût élevé de l’action en justice.

Le coût élevé de l’action en justice dissuade souvent le consommateur à agir face aux divers abus dont il est victime dans ses relations avec le professionnel. Ceci à juste titre si l’on sait, qu’il est obligé d’abord de payer les services d’un huissier de justice pour faire convoquer le responsable de son préjudice devant le tribunal. Ce qui lui en coûtera au moins 15.000 francs. Ensuite, il doit déboursier au moins 20.000 francs pour obtenir que le greffier en chef du tribunal enrôle son affaire, c’est-à-dire ouvre le dossier qui sera remis au juge.

Enfin, étant donné la complexité de la procédure et du droit à exposer devant le tribunal, il est obligé de constituer un avocat pour mettre toutes les chances de son côté. A ce praticien du droit,

il paiera des honoraires. En supposant que le consommateur paie, au titre des honoraires, 50.000 francs - ce qui est très éloigné de la réalité -, il lui aura fallu déboursier au total 85.000 francs pour pouvoir jouir de son droit au recours. Or, l'écrasante majorité des litiges dans ce domaine a comme cadre les commerces de vente au détail et concerne des sommes qui peuvent ne pas dépasser 10.000 francs.

C'est la raison pour laquelle les consommateurs – qui majoritairement préféreront de loin se substituer à cette réalité que de payer 85.000 francs pour faire juger un litige dont l'intérêt ne dépasse guère 10.000 francs – ne peuvent pas vraiment, en l'état actuel de la législation et de l'organisation judiciaire, jouir de leur droit à faire réparer les torts dont ils sont victimes tous les jours. Cette situation confère, de fait, une impunité totale et quasi permanente à certains professionnels qui sont ainsi encouragés par le système judiciaire actuel qui ne semble pas être à la portée des consommateurs.

Consumer international suggère la mise en place de procédure simplifiée pour les demandes de faible valeur pour diminuer les coûts et les délais dans les actions individuelles des consommateurs²⁶⁹. Néanmoins l'action collective semble plus efficace mais elle n'est pas consacrée en droit positif sénégalais. En effet, la raison d'être de l'action collective, c'est de regrouper les actions individuelles qui pourraient ne pas être engagées individuellement en temps normal, en raison de la faiblesse du montant concerné, et de réduire les frais de justice tout en conférant au consommateur un outil puissant permettant de regrouper les affaires et d'agir en tant que demandeur comme un groupe.

Paragraphe II : Les remèdes à la vulnérabilité du consommateur contre les clauses abusives en l'absence de législation.

Face à cette vulnérabilité quasi systématique du consommateur sénégalais rendue en grande partie par l'absence de législation spéciale sur les déséquilibres contractuels des contrats de consommation ; le recours à l'éducation (A) de ce dernier semble opportun pour pallier ce manque, mais une pression à l'égard des professionnels est aussi souhaitée (B)

²⁶⁹Consumer International, « Guide pour le développement d'un droit sur la protection des consommateurs », 1^{er} Edition, Avril 2011, disponible sur www.consumerinternational.org

A. L’éducation du consommateur.

La notion d’Education à la Consommation vise à inciter le consommateur à prendre conscience de l’impact du mode de sa consommation sur l’économie, l’environnement et la société. L’Education à la Consommation devrait permettre aux consommateurs d’être responsables et avisés. N’oublions pas qu’en 1999, les Nations Unies se sont entendues sur des Principes directeurs pour la protection du Consommateur. Selon ces principes, « *l’éducation des consommateurs, notamment concernant l’impact socioéconomique et sur l’environnement des choix qu’ils effectuent* » est un besoin légitime. Ils incitent les gouvernements à mettre en place des programmes d’éducation et d’information au profit des consommateurs.²⁷⁰

Au Sénégal comme dans bien d’autres pays du tiers monde, le faible niveau d’alphabétisation d’une part importante des clients de la microfinance complexifie davantage la mise en place d’une stratégie d’éducation financière effective.

Certains acteurs ont commencé à s’engager dans le développement de programmes d’éducation financière. La Direction de la Microfinance (DMF)²⁷¹ et L’AP-SFD l’ont inscrit comme axe phare de leur plan d’action. En outre, ce point a été clairement mentionné comme recommandation lors de l’évaluation du plan d’action de la lettre de politique sectorielle microfinance. L’objectif pourrait être la mise en œuvre d’un programme qui cible les clients des SFD ainsi que le grand public. L’AP-SFD²⁷² est ainsi déjà impliquée dans des actions de formation/sensibilisation autour des principes clés de protection et de capacitation des clients des SFD. L’OQSF²⁷³ a aussi mis en place un groupe de travail qui, en rapport avec d’autres acteurs tels que la DMF, l’AP-SFD et la GIZ, met en œuvre un programme d’éducation

²⁷⁰Elle est relative aux sujets suivants : Incidences sur l’environnement des choix; Le mode de consommation et son impact ; les conséquences du changement de ses comportements ; La santé, la nutrition, la prévention des maladies dues à l’alimentation; Le danger que présentent les produits ; L’étiquetage des produits ; La législation appropriée et les moyens d’obtenir réparation ; La liste des Associations de Protection du Consommateur ; La protection de l’environnement ; Les renseignements sur les poids et mesures, les prix, la qualité, les conditions de crédit et l’existence de produits de consommation de première nécessité ; L’utilisation efficace des matériaux, de l’énergie et de l’eau.

²⁷¹Direction de la Microfinance (Ministère de l’Entreprenariat Féminin et de la Microfinance du Sénégal)

²⁷²Association Professionnelle des Systèmes Financiers Décentralisés

²⁷³Observatoire de la Qualité des Services Financiers du Sénégal

financière visant les PME. Au-delà de ces actions, il serait extrêmement utile de lancer des campagnes d’information et d’éducation.²⁷⁴

Ces actions devraient faire partie d’une réflexion plus globale impliquant tous les acteurs du secteur et, éventuellement des partenaires externes tels que les établissements d’enseignement supérieur et les médias²⁷⁵, qui déboucherait sur une stratégie nationale d’éducation financière²⁷⁶. Une véritable éducation à la consommation, pourtant mise en place par d’autres Etats (comme la France ; l’Espagne ou le Québec), fait manifestement défaut alors qu’une consommation maîtrisée requiert justement des apprentissages spécifiques. Les compétences aujourd’hui implicitement requises du consommateur sont en effet sans commune mesure avec celles des dernières décennies et il faut donc fournir à ce dernier les outils lui permettant d’évoluer le plus harmonieusement possible dans l’univers des produits et des services. En fin de compte, le consommateur pourra faire une juste appréciation des contrats qui lui seront soumis et détecter des clauses qui lui paraîtront abusives.

B. Améliorer l’information juridique : rendre les contrats plus clairs.

La contractualisation des relations entre professionnels et consommateurs et le développement technologique ont accru de façon considérable le nombre des documents contractuels. Une enquête menée en France fait ressortir une donnée qui passe le plus souvent inaperçu mais qui illustre bien le problème : une famille française moyenne (4 personnes) peut avoir à gérer pas moins de 25 types de contrats différents.

Les consommateurs sont aujourd’hui confrontés à un réel problème de gestion de leurs contrats, ce qui s’explique à la fois par la multiplication des documents contractuels dans la vie

²⁷⁴Sur les sujets suivants : le TEG et le taux d’usure, la comparaison des coûts des services financiers, la compréhension par les clients des contrats de prêt, les droits des citoyens par rapport aux bases de données et les implications concrètes de la nouvelle loi dans les relations « clients – prestataires de services financiers », le système de garantie des dépôts (une fois en place), ses limitations et la procédure de recouvrement, les droits des clients d’après la Charte Déontologie des SFD, les recours des clients des SFD (en interne, en suivant le contenu de la Charte Déontologique) et en externe (le médiateur de l’OQSF).

²⁷⁵Les médias ont un potentiel important en ce qui concerne la vulgarisation à grande échelle des droits et des devoirs des consommateurs. En matière d’éducation financière, certaines expériences ont montré que la télévision ou la radio peuvent avoir un impact majeur. A titre d’exemple, la série télévisée Makutano Junction, produite au Kenya, qui incorporait des éléments d’éducation financière a été regardée par plus de dix millions de personnes en Afrique de l’est. Pour plus de détails voir www.financialeducationfund.org

²⁷⁶Etude diagnostique Protection des consommateurs de services de microfinance au Sénégal, DRS –DMF –OQSF et AP/SFD Sénégal, octobre 2011

quotidienne et la technicité de leur contenu. Ce même consommateur, outre la multiplicité de ses contrats, doit faire face à un problème qualitatif qui est celui de la compréhension des différents contrats. Ce manque de lisibilité s’explique d’abord par une technicité obligée de la rédaction des contrats et une formulation souvent complexe de certaines clauses, dont seul un professionnel pourra mesurer l’ampleur exacte des engagements qu’elles imposent et des garanties qu’elles offrent.

En plus de la difficulté liée au droit, la complexité peut naître aussi du manque de rigueur de la part des professionnels qui n’appliquent pas toujours scrupuleusement leur obligation légale et jurisprudentielle d’information et de conseil du consommateur. C’est ainsi que des carences dans la présentation des documents contractuels sont trop souvent constatées : une information limitée en ce qui concerne le droit des contrats en général (mentions obligatoires sur les obligations respectives des parties sont parfois absentes au contrat) et une plus grande insuffisance encore dans certains domaines comme en droit bancaire ou en droit des assurances.

Quelques exemples le montrent sans difficulté :

- Dans nombre de cas, des augmentations de tarifs peuvent intervenir sans que l’intéressé soit préalablement prévenu et puisse, en cas de désaccord, résilier son contrat. C’est le cas par exemple dans le domaine de la téléphonie mobile, des mutuelles de santé, mais aussi des assurances.
- Dans d’autres, le consommateur a l’obligation contractuelle en cas de litige d’épuiser les voies de la médiation interne avant de choisir la voie judiciaire. Or, il n’est pas nécessairement prévenu que les délais de la médiation peuvent excéder ceux prévus pour aller en justice et il se retrouve dans ce cas forclos.
- En matière d’assurances, par exemple, la proposition d’assurance doit pouvoir être relue par le futur assuré pour qu’il puisse répondre avec précision aux questions posées. Or elle n’est généralement soumise que pour signature, voire pas établie du

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

tout et l’assuré n’est souvent pas informé que des anomalies dans sa déclaration initiale peuvent lui être préjudiciables.

La simplification de la lisibilité des contrats proposés aux consommateurs s’avère incontournable pour une lutte efficace contre les clauses abusives. Deux acteurs doivent être sollicités en dehors des professionnels pour cette mission : d’une part les autorités de régulations et d’autre part les associations de consommateurs. En France, des recommandations ont été émises en ce sens par la commission des clauses abusives et reprise par un rapport parlementaire en 2003²⁷⁷ dont la finalité était de prévenir l’insertion de certaines clauses qui désavantage les consommateurs.

Plusieurs mesures ont été recommandées :

- Améliorer la présentation des contrats par une mise en évidence des informations essentielles (surlignage ; encadrés clairs à l’endroit où le consommateur doit signer...)
- Faire apparaître les risques pour lesquels le consommateur n’est pas garanti ou les limites apportées aux garanties souscrites Ce peut être fait soit en faisant apparaître une mention particulière dans le contrat lui-même (par le biais d’un paragraphe type précisant par exemple « ne sont pas couverts les risques suivants... » ou « les garanties sont limitées à... », soit en accompagnant le contrat d’une fiche synthétique récapitulant ces données.
- faciliter la compréhension des clauses et éviter les effets d’exclusion. Ce peut être fait en accompagnant le document initial d’une annexe rédigée en langage courant ou en fournissant au consommateur une fiche explicative du document contractuel à l’image de celle qui accompagne la déclaration d’impôt sur le revenu.

²⁷⁷Rapport au Premier ministre de la mission parlementaire auprès du secrétaire d’Etat des petites et moyennes entreprises, au commerce, à l’artisanat, aux professions libérales et à la consommation sur « l’information, la représentation et la protection du consommateur », Confiée à Luc CHATEL, Député de la Haute-Marne ; 2003

- Enfin, comme le fait la Finlande pour les contrats d’assurance, où tout contrat qui ne serait pas accompagné d’informations claires devrait, à l’occasion d’un litige, être sanctionné par le juge, celui-ci se fondant sur ce que le consommateur est censé avoir compris à partir du document qui lui a été remis. Aux Etats-Unis de telles dispositions existent déjà et en matière de téléphonie mobile, par exemple, les contrats s’accompagnent d’une charte des droits qui définit ce que le consommateur doit y trouver. Il faudrait par ailleurs développer la pratique des lexiques accompagnant les documents contractuels pour expliciter le sens des termes juridiques.

Voilà autant de propositions qui pourraient a priori ; si elles sont appliquées, limiter l’insertion de clauses déséquilibrées dans les contrats de consommation. En effet, on ne peut lutter efficacement contre ces abus sans un réel contrôle législatif et réglementaire des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs. Une bonne information des professionnels à l’égard des consommateurs s’avère incontournable au regard de la difficulté d’appréhension de certaines clauses très techniques pour le consommateur.

CONCLUSION

Le constat de départ était celui d'un certain malaise entourant l'existence d'un dispositif de protection du consommateur sénégalais contre les clauses abusives. On s'accordait sur le principe de l'inexistence de règles spécifiques ayant pour objet de régir les clauses abusives dans les contrats de consommation. C'est ainsi que le recours aux règles de droit commun était inévitable pour une restauration de l'équilibre contractuel. Il s'est avéré que le COCC, n'était donc pas dépourvu de potentialités pour, selon une formule bien connue, faire « reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat »²⁷⁸ et éviter ainsi que le contractant en situation de supériorité ne soit en mesure de tirer indûment avantage de sa position au détriment de l'autre partie. En effet, certains instruments du droit commun se sont montrés très bénéfiques pour le consommateur. Donc, ces règles demeurent applicables aux contrats de consommation, puisqu'elles sont susceptibles de servir à maintenir ou rétablir un équilibre dans toute relation contractuelle.

En dépit de cela, il subsiste d'énormes obstacles qui rendent le consommateur sénégalais plus que jamais vulnérable. En effet, les règles du COCC se sont révélées insuffisantes pour assurer une protection efficace contre les déséquilibres contractuels dans les relations de consommation. L'expérience montre, que les divers instruments du COCC précédemment évoqués comme étant susceptibles d'apporter un remède aux excès contractuels dont les consommateurs pourraient être victimes n'ont jamais vraiment prospéré. Ces mécanismes sont généralement inaccessibles pour le consommateur, car ils supposent des actions en justice exercées individuellement après la conclusion du contrat et souvent même après l'exécution de celui-ci. Et d'un point de vue institutionnel, le constat est le même, les carences législatives impactent considérablement sur l'existence d'un cadre institutionnel efficace.

Les organes de régulation sont sérieusement handicapés par ce vide juridique. Et la capacité d'action des associations de consommateurs s'en trouve fortement limitée.

²⁷⁸Souvent attribué à Saleilles, cette formule est, en réalité, de Ripert, *la règle morale dans les obligations civiles*, 1925.

Il est évident que le législateur doit poser, pour équilibrer les rapports entre professionnels et consommateurs, des règles plus efficaces que celles contenues dans le COCC. Donc, une réglementation spécifique semble plus adaptée comme à l’image de la plupart des Etats ayant prohibé ces abus. Pour rappel, en France, l’adoption de la loi scrivener répondait à un besoin profond de la société. La situation est pareille au Sénégal, les abus contractuels dans les contrats de consommation sont quasi quotidiens. Le consommateur est laissé à la merci de la puissance économique des professionnels. Une intervention législative est plus que nécessaire. En effet, de la même manière qu’il existe des règles permettant de retirer du marché des produits dangereux avant qu’ils ne causent des dommages, il devrait y avoir des dispositions destinées à éliminer les clauses abusives avant même que les contrats ne soient conclus.

Néanmoins, même si la tentation est grande de copier-coller la législation d’un autre Etat, particulièrement lorsqu’il s’agit de traiter un nouveau domaine sur lequel il n’y a pas de précédent en matière de législation nationale (comme le cas des clauses abusives), il conviendra toutefois, de prendre en compte le contexte économique, social et le cadre légal et réglementaire existant afin d’obtenir des réformes réussies.

BIBLIOGRAPHIE :

I. DOCUMENTS OFFICIELS :

- Avant-Projet d'Acte uniforme ohada sur le contrat de consommation.
- Avant-Projet d'Acte uniforme ohada sur le droit des contrats.
- Avant-Projet de législation communautaire uemoa sur l'information et la protection des consommateurs.
- Code des obligations civiles et commerciales adopté par la loi n° 63-62 du 10 juillet 1963.
- code de la consommation française, version consolidée du 10 juillet 2016, www.legifrance.gouv.fr
- code civil français de 1804, www.legifrance.gouv.fr
- code de procédure civile du Sénégal,
- Dahir n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.
- Loi- cadre n°2011 /012 du 06 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.
- Loi n° 94-63 du 22 aout 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique.
- Loi n° 2002-23 du 4 septembre 2002 portant cadre de régulation pour les entreprises concessionnaires de services publics.
- Principes directeurs pour la protection du consommateur (tel qu'entendu en 1999).
- Résolution 39/248 de l'Assemblée générale des Nations Unies portant protection du consommateur.

II. OUVRAGES GENERAUX :

- 38 dictionnaires et recueil de correspondance
- BUFFELAN-LANOR et LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil Les obligations*, Sirey 13^e Ed, 2012.
- CARBONNIER (J), *Droit civil, les obligations*, 15^{ème} éd, PUF Paris, 1991, p.79 ; 664.
- CARBONNIER (J), *Droit et passion du droit dans la V^o République*, Flammarion, 1996, p.95.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

- CARBONNIER (J), *Droit civil, les biens, les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p.2039-2040.
- Dictionnaire Larousse
- FARJAT (G), *Droit économique*, PUF Thémis, 1976, p.17.
- FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 3^{ème} éd, 1897, p.410.
- FOURASTIER (J), *Les trente glorieuses*, Fayard, 1979.
- GALBRAITH (J.K), *L'ère de l'opulence*, Calmann- Levy, 1965.
- GHESTIN (J), *Les obligations, le contrat*, Traité de droit civil, LGDJ, 1980, p.590, 846.
- GHESTIN (J), *Les obligations, le contrat : formation*, LGDJ, 1988.
- GUILLIEN (R) et VINCENT (J), *Lexique des termes juridiques*, 19^{ème} éd. Dalloz. 2012.
- HESS-FALLON Brigitte et SIMON Anne marie, *Droit des affaires*, Paris, Sirey, 19^{ème} éd, 2012.
- JESTAZ (P), *Le droit*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2016.
- MESTRE (J), *L'ordre public à la fin du XX^e S*, Dalloz, 1996, p.33 et s.
- TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11^{ème} éd, Dalloz, 2013, n°19.
- TERRE (F), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. 9^e éd, 2012, n°282.
- VINEY (G), *Traité de droit civil : la Responsabilité : effets*, LGDJ, 1998, n°1992.

III. OUVRAGES SPECIAUX :

- AZAR-BAUD (M.J), *Les actions collectives en droit de la consommation*, Dalloz, 2013.
- BEAUCHARD (J), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p.31.
- BERLIOZ (G), *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, Paris, 1973, p.189, 204
- BORÉ (L), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997.
- BOURGEOIS (D), *Les clauses abusives*, De Vecchi, 2002, p.60.
- BRICKS (H), *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982.
- CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H), *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd, 2015, n°25.
- CALAIS-AULOY(J) et STEINMETZ (F), *Droit de la consommation*, Dalloz, 5^{ème} éd, p.175.
- FIN-LANGER (L), *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p.274 et s.
- GHAZAL (J.P), *Vulnérabilité et droit de la consommation*, PUG, 2000, p.243 et s.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

- GAUDEMMENT (S), *La clause réputée non écrite*, Préface Lequette, Recherche juridique, Economica, 2006.
- JULIEN (J), *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien, 2009, n°10.
- KARIMI (A), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, 2001, p.179.
- LASBORDES, *Les clauses déséquilibrées*, PUAM, 2000.
- MOLFESIS, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, LPA, 1998, p.21 et s.
- PAISANT (G), *Défense et illustration du droit de la consommation*, Lexisnexis, 2016.
- PICOT (Y) et DAVO (H), *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd, n°15.
- PIMONT (S), *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, n°354 et s.
- RIPERT (G), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd, 1949, p.261, 421.
- STOFFEL-MUNCK (PH), *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, p.316 et s.

IV. THÈSES ET MÉMOIRES :

- ALLAHOUÏ (N), *Les contrats déséquilibrés*, Mémoire de Master, Université de Montpellier I, 2011.
- BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Thèse, Paris II, 1973.
- CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, Thèse, Aix, 1975.
- DE SAINT REMY, *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, Thèse, Paris, 1928.
- DOMERGUE, *Les contrats d'adhésion*, Thèse, Toulouse, 1936.
- GOUNOT (E), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Paris, A. Rousseau, 1912.
- KARIMI (A), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse, Université Robert Schuman (Strasbourg III), 1995.
- NKWENGOUA (S.V.P), *Les contrats d'adhésion à l'épreuve de la loi cadre n°2011/012 du 06 mai 2011 portant protection des consommateurs au Cameroun*, Mémoire de Master, FSJP, Université N'gaoudéré, 2011.
- PICHON, *Les contrats d'adhésion*, Thèse, Lyon, 1913.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

- PLOTNIC (O), *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Aspects de droit français, moldave et de l’union européenne*, Thèse, Université de Grenoble, 2013.
- RZEPECKI (N), *Droit de la consommation et la théorie générale du contrat*, Thèse, Université Strasbourg III, 1998.
- TERREYGEOL (N), *La nouvelle réglementation de la lutte contre les clauses abusives*, Mémoire de Master, Montpellier I, 2009.
- ZIKA (P), *La notion de clause abusive au sens de l’article 132-1 du code de la consommation*, Thèse, Université Panthéon Assas, 2013.

V. ARTICLES ET NOTES DE DOCTRINE :

- BACACHE (M), « Introduction à l’action de groupe en droit français », *JCP G*, 2014, n°377.
- BATIFOL (H), « La crise du contrat », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p.13.
- BELLEY (G), « La loi sur la protection du consommateur comme archétype d’une conception socio-économique du contrat », *Mél. C. Masse*, éd, Y. Blais, 2003, p.149 – 140.
- BIHL (L), « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l’information du consommateur », *JCP G*, 1978, I, 2909.
- BRICKS-DAVO, « Les clauses abusives », *Juriscl. Conc, consom.* 810.
- CALAIS-AULOY (J), « Les actions en justice des associations de consommateurs/ commentaire de la loi du 05 janvier 1988 », *D. 1988*. Chron.253.
- CHONÉ-GRIMALDI (A.S) et RACHEL (L), « L’action de groupe : tout vient à point à qui sait attendre », *Contrats, conc. Consum.* Mai 2014, étude 4.
- GHAZAL (J.P), « Le consommateur existe-t-il ? », *D. 1997*. Chron. Pp. 260-266, p.266, n°29.
- GHAZAL (J.P), « Théorie de la cause et justice contractuelle », *JCP*. 1998. I.152. spéc. N°10.
- GHAZAL (J.P), « Conditions de la rupture abusive d’un contrat de concession exclusive », *JCP G*, n°21, 20 mai 1998, II. 10085.
- GHESTIN (J), « L’intérêt normatif d’un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l’imprévision », *JCP G*. 2014, n°1116, p.1970.
- GRATTON (L), « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *Recueil Dalloz*, 2016, p.22.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L'ENTREPRISE – UASZ

- GRIDEL, « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 », *D. 1984*, chron.183.
- GUEGUEN (J.M), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D. 1999*. Chron. 352.
- HOUTCIEFF, « L'action en suppression des clauses abusives n'exige pas qu'un professionnel soit partie au contrat », *Rev. Lamy. Dr. civ* juin 2011, p. 7 et s.
- HUET, « Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives », *JCP 1992*, I. 3592.
- HUET, « Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », *D. 1993*, chron. 331.
- KARIM (V), « L'ordre public en droit économique : contrat, concurrence, consommation », *Les cahiers de droit*, vol.40, n°1999 ; p.405.
- KARIMI (A), « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP 1996*. I.3918.
- KESSLER, « Contracts of adhesion, some thoughts about freedom of contract », *43 Columbia Law review* 629 (1943).
- KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D. 1993*, chron. 59.
- KUHNMUNCH, « Le dispositif d'élimination des clauses abusives », *Rev. Conc. Consom.* 1992, n°65.
- LARROUMET (CH), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D. 1997*, chron.145.
- MAINGUY, « L'action de groupe en droit français », *JCP G*, 2014, n°377.
- MALINVAUD, « La protection des consommateurs », *D. 1981*, chron.49.
- MARTIN (F) et Dulouede (I), « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats, conc. Consom*, mai 2014, p.24 et s.
- MAZEAUD (D), « La révision du contrat », *Petites affiches*, 30 juin 2005, n°129, p.4.
- MESTRE, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », *Mélanges Terré*. 1999.
- MICKLITS, « Protection du consommateur et marché intérieur », *RTD eur*, 1992.515.
- MOLFESIS (N), « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D. 2014*. 947.
- Moore (B), « La réforme du droit de la consommation et le principe de l'équité », p.117.
- PAISANT (G), « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D. 1988*. Chron.253.
- REBEYROL, « La nouvelle action de groupe », *D. 2014*. 940.

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

- RIEG (A), « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française) », Dalloz, 1981, p.221 et s.
- TAHITA (J.C), « La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats », p.147.
- TANGELIN, « La justice contractuelle : expérience et perspective au Québec », *RID comp.* 1978. 1009.
- VINEY (G), « Un pas vers l’assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs » : *JCP G* 1988, I, 3355.

VI. ETUDES ET ENQUETES :

- ARTP, FRATEL, « Quels actions pour quels objectifs de régulation, le régulateur peut-il mener en faveur des consommateurs », 2011.
- Consumer International, « Enquête sur l’état des lieux de la protection des consommateurs », 2014/2015. www.consumerinternational.org
- Consumer International, « Un guide pour le développement d’un droit de la protection des consommateurs », 1^{ère} éd, avril 2011. www.consumerinternational.org
- Consumer International, « Rapport de recherche sur la protection des consommateurs au Sénégal », oct. 2013. www.consumerinternational.org
- DRS-DMF, OQSF et AP/SFD Sénégal, « Etude diagnostique protection des consommateurs de services de microfinance au Sénégal », oct. 2011.

VII. JURISPRUDENCE :

- Cour d’appel de Paris, 23 mars 1989, *RTD civ.* 1989. 537.
- Cass Com, 15 fév. 2000, *Bull. Civ*, 2000, IV, n°29.
- Cass 1^o civ, 4 janvier 2005, n° 00-20. 136, www.legifrance.gouv.fr
- Cass. com., 15 janvier 2008, n° 06- 15.609, www.legifrance.gouv.fr
- Cass. 1^o civ, 11 août 1996, www.legifrance.gouv.fr

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

- Trib. Civ. Vitré, 23 décembre 1949, Gaz. Pal. 1951.
- Cass. 2^{ème} chambre civ, 8 Oct. 2009, Bull. Civ. 2009, II, n°239.
- Cass. 1^o civ, 7 decembre 2004, Bull. Civ. 2004, I, n°194.
- Cass 1^o civ, 8 juin 1971, Bull. Civ, 1971, I, n°187.
- Cass 1^o civ, 4 juillet 1995, Bull. Civ. 1995, I, n°303.
- Cass. Com, 18 mars 2014, n°12-29-453, www.legifrance.gouv.fr
- Cass. 1^o civ, 3 fevrier 2011, Bull. Civ. 2011. I, n°23.
- Cass. 1^o civ, 4 juin 2014, Bull. Civ. 2014, I, n°2014.
- CJUE, 26 avril 2012, Aff. C-472/10 JCP G 2012.

VIII. WEBOGRAPHIE :

- www.legifrance.gouv.fr
- www.ohada.com
- www.finances.gouv.sn
- www.commerce.gouv.sn
- www.clauses-abusives.fr
- www.jo.gouv.sn
- www.BOGCCFR.fr
- www.financialeducationfund.org

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION..... 1

TITRE I : LE CADRE JURIDIQUE DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES..... 14

CHAPITRE I : Le recours aux règles de droit commun dans la lutte contre les clauses abusives 14

 Section I : Les instruments de droit commun luttant contre les déséquilibres contractuels. 15

 Paragraphe I: Les règles de portée générale sanctionnant les déséquilibres contractuels. 16

 A. *L'abus de droit et le principe de bonne foi* 16

 B. *L'extension de la cause* 20

 Paragraphe II : Les Règles ayant un champ restreint luttant contre les déséquilibres. 23

 A. *L'enrichissement sans cause* 23

 B. *La théorie de la lésion* 24

 Section II : Les procédés de droit commun permettant de restaurer l'équilibre contractuel. 28

 Paragraphe I : La restauration de l'équilibre par la prédétermination de clauses équilibrées. ... 28

 A. *Le fondement de la prédétermination du contenu contractuel* 29

 B. *Le contrôle des contrats de consommation par l'insertion de clauses équilibrées.* 30

 Paragraphe II : La restauration de l'équilibre par la sanction des clauses déséquilibrées. 32

 A. *La nullité d'office de certaines clauses* 33

 B. *Les clauses privées d'effet ou encore réputées non écrites.* 34

Chapitre II : Cadre institutionnel de protection du consommateur contre les clauses abusives.. 35

 Section I : Les organismes concourant à la lutte contre les clauses abusives 36

 Paragraphe I: Les organes de régulation. 37

 A. *La régulation comme instrument de protection contre les déséquilibres*..... 37

 B. *La régulation sectorielle des abus contractuels*..... 39

 Paragraphe II : Les associations de consommateurs 41

 A. *Dénoncer les pratiques abusives.*..... 42

 B. *Collaboration entre organes de régulation et association de consommateurs.* 43

 Section II : L'intervention de l'autorité judiciaire pour rééquilibrer les contrats déséquilibrés..... 44

 Paragraphe I : Le fondement de l'intervention..... 45

 A. *Intervention sans texte*..... 45

 B. *La recherche de l'équité contractuelle.* 47

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

Paragraphe II : L’intervention du juge par l’usage des mécanismes de droit commun.....	48
A. <i>Interprétation du contrat en faveur du consommateur</i>	49
B. <i>La révision de certaines clauses</i>	51
TITRE II : LES OBSTACLES A LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES	54
Chapitre I : Obstacles liés à l’absence d’une réglementation spécifique	54
Section I: Nécessité d’une législation particulière sur les clauses abusives.....	55
Paragraphe I : Inadaptation des mécanismes de droit commun	56
A. <i>La problématique de la portée générale des mécanismes de droit commun</i>	56
B. <i>Difficulté d’application des instruments de droit commun</i>	59
Paragraphe II : Inopportunité des mécanismes de droit commun	62
A. <i>Les sanctions inappropriées proposer par le droit commun</i>	62
B. <i>Le réputée non écrite comme solution au maintien du contrat</i>	63
Section II : L’apport d’une réglementation spécifique des clauses abusives.	64
Paragraphe I : D’un point de vue théorique : conciliation entre impératif de sécurité juridique et justice contractuelle.....	65
A. <i>L’impératif de sécurité juridique des transactions</i>	65
B. <i>L’idéal de justice contractuelle dans les transactions</i>	66
Paragraphe II : D’un point de vue pratique : la mise en place de procédés spécifiques de lutte contre les clauses abusives (Cas du système français).	67
A. <i>Instrument permettant de déterminer le caractère abusif d’une clause</i>	68
1. <i>Support légal</i>	68
2. <i>Clauses interdites par décret</i>	69
3. <i>Liste annexé au code de la consommation</i>	70
4. <i>Recommandations de la commission des clauses abusives</i>	71
5. <i>Le recours au juge</i>	71
B. <i>Méthodes d’élimination des clauses abusives</i>	72
1. <i>Nullité des clauses dans les contrats déjà conclus</i>	72
2. <i>Suppression des clauses dans les contrats à conclure</i>	73
Chapitre II: Les autres obstacles pouvant impacter sur la protection du consommateur contre les clauses abusives	75
Section I : L’insuffisance du cadre institutionnel de protection du consommateur	76
Paragraphe I : Répercussion de la carence des textes sur la régulation des clauses abusives. ...	76

MEMOIRE DE MASTER – DROIT DE L’ENTREPRISE – UASZ

A. <i>L’exclusion de la prohibition des clauses abusives dans les attributions de la plupart des organes de régulation.</i>	77
B. <i>Inexistence d’organe spécifique de lutte contre les clauses abusives.</i>	78
Paragraphe II : Répercussion de la carence des textes sur la capacité d’action des associations de consommateurs.	79
A. <i>Répercussion au plan juridique et financier.</i>	80
B. <i>Renforcer la capacité d’action par une législation spéciale.</i>	82
Section II : Les difficultés liées à une persistante vulnérabilité du consommateur sénégalais.	85
Paragraphe I : L’effet néfaste de l’inertie du consommateur	87
A. <i>Méconnaissance des mécanismes de protection.</i>	87
B. <i>Le coût élevé de l’action en justice.</i>	88
Paragraphe II : Les remèdes à la vulnérabilité du consommateur contre les clauses abusives en l’absence de législation.	89
A. <i>L’éducation du consommateur.</i>	90
B. <i>Améliorer l’information juridique : rendre les contrats plus clairs.</i>	91
CONCLUSION	95
BIBLIOGRAPHIE :	97
TABLE DES MATIERES	104