LE CONTRAT DE CONSTRUCTION DE MAISON INDIVIDUELLE FACE AU DROIT DE LA CONSOMMATION

Points-clés

• 1.-

Le législateur a été amené à intervenir pour donner une protection spécifique aux accédants à la propriété de maisonsindividuelles, dont la dernière fois par la <u>loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990</u> (V. <u>n° 1 à 3</u>).

• 2.-

Le contrat de construction d'une maison individuelle (CCMI) est doté d'un régime spécifique, sous forme soit d'un contrat deconstruction d'une maison selon un plan proposé (CCH, art. L. 231-1 à L. 231-13) soit d'un contrat de construction sans fourniture du plan à partir du moment où les travaux ne sont pas limités au gros œuvre et à la mise hors d'eau (CCH, art. L. 232-1 et L. 232-2). Le présent fascicule est consacré aux dispositions communes aux deux sortes de contrat et tout d'abord à leur caractère impératif et à leurs sanctions de nullité (V. n° 16 à 29) et pénales (V. n° 30 à 49).

• 3. -

Le contrat de construction d'une maison individuelle qu'il s'agisse d'un contrat avec ou sans fourniture du plan, est un louage d'ouvrage au sens <u>du 3° de l'article 1779 du Code civil</u>; c'est un contrat d'entreprise de bâtiment assorti de modalités particulières, présentant <u>le</u> caractère de marché à forfait au sens de l'article 1793 du Code civil (V. n° 51 à 59).

4. –

Il convient de bien établir la distinction entre le CCMI et le contrat de promotion immobilière (V. \underline{n}° 60 à $\underline{70}$). On devra rester dans les limites du CCMI, sans déborder sur celles du contrat de promotion (V. \underline{n}° 71 à 75, \underline{n}° 78).

• 5. –

Le contrat de construction d'une maison individuelle se distingue également du contrat de vente d'un immeuble à construire ; mais lorsque le terrain est procuré directement, il doit être conclu un contrat de vente d'immeuble à construire (V. <u>n° 86</u>), et même, s'agissant d'un contrat sans fourniture du plan lorsqu'il est procuré indirectement (V. <u>n° 84</u>).

• 6. –

Le contrat de construction d'une maison individuelle est soumis à la faculté de rétractation ou au délai de réflexion de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation (V. n° 107 à 114).

7. –

La réception des travaux, qui se confond généralement avec la livraison est une phase essentielle de l'exécution du CCMI, avec une possibilité d'assistance d'un professionnel dont les incidences sont spécifiques (V. n° 120 à 143).

. - Introduction

La maison individuelle représente aux yeux de la majorité des Français le logement idéal. Toutefois, le processus de construction est jugé très complexe, voire anxiogène pour un certain nombre d'entre eux, qui craignent souvent de se voir livrer une maison comportant des malfaçons. Beaucoup de consommateurs, et plus particulièrement les primo-accédants, reconnaissent leurs lacunes en matière de connaissance de la réglementation, d'où un sentiment de vulnérabilité face à un projet pouvant engager une partie non négligeable du patrimoine. Rapport du 26 novembre 2009 Relatif à la construction de maisons individuelles

Du conseil national de la consommation BOCCRF 22 Janvier 2010

La réglementation des contrats de construction et le droit de la consommation s'enchevêtrent, se superposent, s'entrechoquent et parfois se rejettent davantage qu'ils ne se concilient harmonieusement au profit des accédants à la propriété d'un logement. En cause, les critères, qui ne sont pas les mêmes: "immeuble à usage d'habitation et à usage d'habitation et professionnel" d'un côté; "consommateur immobilier de l'autre. Et comment pourrait-il en aller autrement, alors que la réglementation des contrats de construction est antérieure à l'avènement du droit de la consommation moderne? Pourtant, il est possible de dépasser ces opposions et souhaitable de favoriser la convergence des réglementations afin de protéger efficacement le consommateur immobilier sans remettre en cause les équilibres sur lesquels les contrats de construction du secteur protégé sont fondés.

Le renvoi aux dispositions légales et réglementaires apparaît dès lors conforme aux dispositions de <u>l'article L.133-2 du code de la consommation</u> qui imposent la rédaction du contrat en termes rigoureux et compréhensibles.

La nullité du contrat de construction de maison individuelle (CCMI) pour violation des règles d'ordre public protectrices du maître de l'ouvrage lui ouvre le droit de solliciter la remise en état du terrain sans indemnité pour le constructeur au titre des travaux réalisés, et la démolition, ordonnée à la demande du maître de l'ouvrage, interdit au constructeur de solliciter le coût des travaux qu'il a réalisés. Telle est la solution dégagée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, au visa des articles L. 230-1 (N° Lexbase: L7088AB7) et L. 231-2 k) du Code de la construction et de l'habitation (N° Lexbase : L7277AB7), ensemble l'article 1304 du Code civil (N° Lexbase : L8527HWQ), dans un arrêt rendu le 26 juin 2013 (Cass. civ. 3, 26 juin 2013, n° 12-18.121, FS-P+B N° Lexbase : A3184KIR). La cour d'appel avait retenu que le constructeur était fondé à solliciter des maîtres de l'ouvrage le règlement des prestations exécutées avec leur consentement et en fonction de leurs souhaits, tant en ce qui concerne les matériaux utilisés que la main d'oeuvre pour accomplir la mission, et qu'il convenait de condamner les maîtres de l'ouvrage à payer ce montant ; il apparaissait cependant, selon la cour, que la construction avait été arrêtée en raison de désordres consistant en des fissures apparues sur les murs d'élévation du sous-sol de la construction qui n'étaient pas contestées par le maître d'oeuvre et il convenait dès lors d'ordonner un complément d'expertise aux fins d'évaluer le coût de la construction réalisée, sous déduction des désordres. L'arrêt est cassé par la Cour suprême qui énonce la solution précitée.

CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DE CONSTRUCTION

Date du fascicule: 17 Septembre 2014

Date de la dernière mise à jour : 17 Septembre 2014

Marianne Faure-Abbad - Maître de conférences HDR, Université de Poitiers, Equipe de recherche en droit privé EA 1230

Points-clés

1. -

La réglementation des clauses abusives s'applique aux contrats passés entre un **professionnel** d'une part, **un consommateur ou un non-professionnel** d'autre part (V. <u>n° 51</u>).

• 2. –

Les personnes morales peuvent être qualifiées de « non professionnel » (V. <u>n° 57</u>), mais pas les sociétés commerciales (V. <u>n° 58</u>).

• 3. –

Les **contrats de construction** conclus entre un professionnel **et** un consommateur sont soumis au contrôle des **clausesabusives** qu'ils relèvent du **secteur protégé** comme du **secteur libre** (V. <u>n° 82</u>).

4. –

Deux **listes de clauses abusives** ont été élaborées par décret, une liste noire de clauses interdites $(V. \underline{n}^{\circ} 33)$ et une liste grise de clauses présumées abusives $(V. \underline{n}^{\circ} 34)$.

5. –

Des **clauses hors listes** peuvent être réputées non écrites si leur caractère abusif est démontré en application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (V. n° 35).

• 6. –

Les clauses abusives sont réputées non écrites et supprimées des contrats et modèles de contrats qui les contiennent (V. \underline{n}° 85) ; elles sont également supprimées des contrats identiques conclus par le même professionnel (V. \underline{n}° 91).

7. –

La **DGCCRF** a le pouvoir d'enjoindre le professionnel à supprimer une clause abusive (V. \underline{n}° 98) sous peine d'amende administrative (V. \underline{n}° 100); elle peut aussi sanctionner par une amende la stipulation d'une clause relevant de la liste noire des clauses interdites comme abusives (V. \underline{n}° 103).

• 8. –

Le **juge doit écarter d'office** l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat (V. <u>n° 108</u>).

• 9. –

La soumission des **contrats réglementés du Code de la construction et de l'habitation** au contrôle des **clauses abusives** est discutée (V. <u>n° 109</u>).

Des clauses sont interdites dans tous les contrats de construction immobilière (V. <u>n° 123</u>), d'autres dans le contrat de construction de maison individuelle avec fourniture du plan (V. <u>n° 130</u>), d'autres dans la vente d'immeuble à construire du secteur protégé (V. <u>n° 139</u>).

Introduction

- 1. Le système contractuel du Code civil repose sur l'idée qu'un équilibre peut être présumé entre les parties au contrat et que ce n'est que de manière exceptionnelle que des règles corrigent les déséquilibres (lésion, sauvegarde de justice).
- 2. Le 20e siècle, dans sa seconde moitié, vit croître une consommation de masse. Les individus consomment, donc contractent en nombre. Le phénomène a conduit les professionnels à pré-rédiger des contrats d'adhésion, que le consommateur accepte ou refuse en bloc. Ces contrats, qu'on ne négocie pas, ne laissent pas d'espace pour la discussion et comporte le risque de déséquilibre inhérent aux rédactions unilatérales.
- 3. Le législateur français est intervenu dans les années 1970 pour prévenir ce risque ou le palier. Guidé par le souci de protégé les parties contractantes présumées en situation de faiblesse et à l'instar des lois qui étaient intervenues pour instaurer des dispositifs de protection dans le contrat de travail et dans les baux (V. L. Josserand, Le contrat dirigé : DH 1933, p. 19), les contrats de consommation, ceux conclus par les individus pour leurs besoins ou désirs personnels, ont été soumis à un ordre public de protection (pour une chronologie des lois consuméristes, V. J. Calay Auloy et H. Temple, Droit de la consommation : Précis Dalloz 2010, n° 36 et s.).
- 4. Le droit de la construction fut à l'avant-garde. La loi du 3 janvier 1967 a instauré un statut impératif et protecteur de la vente d'immeuble à construire pour l'accédant (*CCH*, *art*. *L*. 261-10 et s.). Il est vrai que le domaine du secteur protégé de la construction immobilière ne croise pas tout à fait exactement celui du droit de la consommation ; le périmètre de protection du Code de la construction et d'habitation se dessine autour de l'usage du bien à construire (un usage d'habitation ou un usage mixte, professionnel etd'habitation) et non au travers de la qualité de consommateur de l'acheteur (sur la définition du secteur protégé, *V*. <u>n° 82</u>). Il n'en demeure pas moins que le particulier qui acquiert son logement par une vente d'immeuble à construire fut parmi les premiers consommateurs protégés par des lois spéciales (si l'on excepte bien sûr la garantie des vices cachés des <u>articles 1641 à 1648 du Code civil</u> et la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications aujourd'hui intégrée aux <u>articles L. 213-1 et suivants du Code de la consommation</u>).
- 5. Pour lutter contre les velléités des professionnels d'abuser de leur position dominante, notamment dans la rédaction des contrats, l'ordre public de protection consiste tout à la fois à imposer et à prohiber du contenu contractuel. De ce point de vue le droit de la construction et le droit de la consommation se rejoignent : ils imposent des mentions obligatoires et interdisent certaines clauses, jugées défavorables à celui que les règles cherchent à protéger.
 6. Le concept de « clause abusive » est cependant propre au droit de la consommation. L'expression ne se retrouve pas dans les textes du Code de la construction et de l'habitation qui prohibent pourtant certaines clauses en les frappant de la sanction des clausesabusives : les clauses interdites sont réputées non écrites (V. par exemple, l'article L. 231-3 du CCH pour les clauses prohibées dans le contrat de construction de maison individuelle avec fourniture des plans : V. n° 130). Au regard de la sanction des clausesdéséquilibrantes, le Code de la construction et de l'habitation est plus proche du Code de la consommation que du Code de commerce qui offre au partenaire victime une action en responsabilité pour lutter contre les clauses déséquilibrantes entre professionnels (C. com., art. L. 442-6).
- 7. Parallèlement au droit des clauses abusives né en France avec la loi Scrivener n° 78-23 du 10 janvier 1978 (C. consom., art. L. 132-1 et s. et R. 132-1 et s.), la jurisprudence a développé des instruments de lutte contre les déséquilibres contractuels, qui ne sont pas propres au droit de la consommation. Face au développement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité excessives, la Cour de cassation a brandi l'article 1150 du Code civil (ces clauses sont privées d'effet en cas de dol ou de faute lourde) etl'article 1131 lorsque la substance d'une obligation essentielle était menacée par la clause limitative ou exonératoire (Arrêt Chronopost : Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. 1996, IV, 1996, n° 246, pourvoi n° 93-186322 : JurisData n° 1996-003942). Les différents projets de réforme du droit des contrats proposent d'intégrer la lutte contre les clauses déséquilibrantes dans le Code civil (art. 66 du Projet Terré Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, thèmes et commentaires 2008 ; art. 1122-2 de l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription). Si l'un de ces projets inspirait la réforme du Code civil, aucun contrat de construction n'échapperait plus au contrôle des clauses déséquilibrantes.
- 8. Les contrats de construction immobilière ne forment pas une catégorie nommée de contrats. Ils désignent des contrats de nature diverse (vente, louage d'ouvrage, mandat) qui ont pour dénominateur commun un objet tendu vers la réalisation d'un ouvrage immobilier (pour la définition de l'ouvrage de construction immobilière, V. M. Faure-Abbad, Droit de la construction, contrats et responsabilités des constructeur : Gualino 2013, n° 675 et s.). Ce sont des contrats d'entreprise conclus avec des architectes, entrepreneurs et autres professionnels du bâtiment pour la réalisation d'un ouvrage de construction immobilière, des contrats de constructions de maisons individuelles, des ventes d'immeuble à construire ou à rénover et des contrats de promotion immobilière. Le droit des clauses abusives s'applique aux contrats de construction qui entrent dans son champ d'application : le contrôle des clauses abusives suppose un contrat de construction conclu entre un constructeur professionnel et un acquéreur ou maître d'ouvrage consommateur ou non professionnel.

9. – Plan – L'exposé de la réglementation générale des clauses abusives, nécessaire pour déterminer les conditions du contrôle de cesclauses dans les contrats de construction (I), précédera l'étude de la nomenclature des clauses abusives dans le secteur de la construction immobilière (II).

Réglementation des clauses abusives applicable aux contrats de construction

A. - Sources de la réglementation

1° Loi Scrivener de 1978

10. – Détermination réglementaire des clauses abusives – Un projet de loi fut déposé qui devait confier aux juges le pouvoir de qualifier et de considérer comme non écrites les clauses abusives qui pourraient leur être soumises. Mais au cours des débats, cette idée simple ne prévalut pas. Elle fut remplacée dans la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener du nom de la Secrétaire d'État à la consommation, par un système dans lequel le rôle essentiel revenait au pouvoir réglementaire. L'article 35 de la loi donnait la définition des clauses abusives (sur cette définition, V. n° 26) mais le pouvoir de les identifier fut réservé à des décrets pris en Conseil d'État après avis d'une commission nouvellement instituée : la Commission des clauses abusives. Dans ce système, le travail des juges consistait à comparer le contenu du contrat soumis à leur contrôle aux clauses déclarées abusives par le pouvoir réglementaire et à supprimer celles qu'ils rencontreraient. 11. – Création de la Commission des clauses abusives – Pour aider le Gouvernement dans cette chasse aux clauses abusives, la loi du 10 janvier 1978 créa une Commission des clauses abusives dont la composition et le fonctionnement furent par la suite précisés par le décret n° 93-314 du 10 mars 1993 et un règlement intérieur publié au Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation du 28 janvier 1994 (sur cette commission et son rôle, V. n° 40). Ces textes sont aujourd'hui regroupés aux articles L. et R. 534-1 et suivants du Code de la consommation. 12. – Pauvreté du travail réglementaire – La stratégie adoptée par la loi du 10 janvier 1978 qui avait consisté à confier la délimitation des clauses abusives au pouvoir réglementaire fut un échec. Un seul décret intervint en application de la loi Scrivener: le décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection etl'information des consommateurs de produits et de services. 13. – Décret du 24 mars 1978 – L'article 1er du décret de 1978 interdisait comme abusive au sens de l'article 35 de la loi Scrivenerles clauses ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe. La trop grande généralité de cette disposition au regard de la compétence du pouvoir réglementaire a conduit à son annulation par le Conseil d'État (CE, 3 déc. 1980 : JCP G 1980, II,

Son article 2 interdisait ensuite, dans les seuls « contrats de vente conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». Ces clauses limitatives ou exclusives de réparation sont aujourd'hui interdites comme abusives dans tous les contrats de consommation (C. consom., art. R. 132-1, 6°).

19502, concl. Haglesteen; D. 1981, jurispr. p. 228 note C. Larroumet; RTD com. 1981, p. 340, obs. J. Hémard).

Enfin, l'article 3 du décret de 1978 interdisait, sans référence cette fois à l'abus, la clause des contrats de consommation réservant au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre. Cette disposition avait été reprise dans l'article R. 132-2 du Code de la consommation créé par le décret n° 97-298 du 27 mars 1997. Aujourd'hui, les clausesautorisant le professionnel à modifier unilatéralement les caractéristiques de sa propre prestation sont de manière irréfragable présuméesabusives par l'article R. 132-1 3° de ce code (sur ce texte et la liste noire des clauses abusives qu'il instaure, V. n° 33) ; l'interdiction est étendue à la modification unilatérale des clauses relatives à la durée du contrat et au prix du bien à livrer ou du service à rendre.

14. – Décret 25 novembre 2005 – Le décret n° 2005-1450, relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, interdit comme abusive, dans les contrats portant sur des services financiers, la clause réservant au consommateur la charge de prouver le respect par le fournisseur de ses obligations légales. De portée plus générale que ce décret, l'article R. 132-1, 12° du Code de la consommation interdit comme abusive dans tous contrats de consommation, la clause imposant « au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat ».

15. – Harmonisation européenne – Le 5 avril 1993, le Conseil des Communautés européennes adopta une directive afin d'harmoniser les législations en matière de lutte contre les clauses abusives (Dir. n° 93-13 du 5 avr. 1993 CEE : JOCE n° L . 95, 21 avr. 1993). L'objectif était tendu vers une harmonisation minimale pour réduire les disparités entre les législations des États membres et éviter les distorsions de concurrence.

16. – Transposition – La loi n° 95-96 du 1er février 1995 transposa presqu'à temps la directive de 1993 (le retard était d'à peine plus d'un mois) et modifia à cette fin la définition de la clause abusive telle que l'avait formulée la loi Scrivener en 1978. Les critères d'abus de puissance économique et d'avantage excessif présents dans l'article 35 de la loi de 1978, disparurent au profit du critère du déséquilibre significatif : "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives lesclauses 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". Cette définition légale des clauses abusives n'a pas été modifiée par la suite (sur cette définition, V. n° 27).

17. – Première liste de clauses abusives – Avec la transposition de la directive de 1993, une liste indicative de clauses abusives fut annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. La valeur de cette liste était purement indicative puisque l'appartenance d'uneclause à cette liste ne dispensait pas le demandeur de prouver son caractère abusif conformément aux critères de l'article L. 132-1.

La liste contenait les clauses ayant pour objet ou pour effet :

• •

« a) D'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel ;

• •

b) D'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui;

• •

c) De prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;

• •

d) De permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce ;

• •

e) D'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ;

• •

f) D'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat ;

• •

g) D'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave ;

• •

h) De proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur ;

• •

i) De constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des <mark>clauses</mark> dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ;

• •

j) D'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat :

• •

k) D'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir ;

• •

I) De prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat;

• •

m) D'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

• •

n) De restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière ;

• •

o) D'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécuterait pas les siennes ;

• •

p) De prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du professionnel, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci ;

• •

q) De supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat. »

3° Loi de modernisation de l'économie de 2008

18. – Listes normatives de clauses abusives – L'un des objectifs affichés de la <u>loi n° 2008-776 du 4 août 2008</u> de modernisation de l'économie fut de « renforcer la protection des consommateurs » (titre du chapitre 1er du Titre II de la loi consacré à la mobilisation de la concurrence comme nouveau levier de croissance). En matière de lutte contre

les clauses abusives, le renforcement est passé par la substitution à la liste indicative de 1995 de deux listes à valeur réglementaire :

• •

un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clausesprésumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse (<u>C. consom., art. L. 132-1, al. 2</u>) ;

• •

un décret pris dans les mêmes conditions détermine 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 (C. consom., art. L. 132-1, al. 3).

C'est le <u>décret n° 2009-302 du 18 mars 2009</u> qui a porté application de cet article L. 132-1. La liste des <u>clauses</u> présumées <u>abusives</u>, qualifiée « liste grise », figure à l'<u>article R. 132-2 du Code de la consommation</u> et la liste des <u>clauses</u> nécessairement <u>abusives</u>, la « liste noire », se trouve à l'article R. 132-1 (sur ces listes, V. <u>n° 31</u>).

4° Directive de 2011

19. – Directive relative aux droits des consommateurs – Un projet de directive relative aux consommateurs avait été déposé le 8 octobre 2008 qui exigeait un niveau d'harmonisation complète des législations des États membres, notamment en matière de lutte contre les clauses abusives (COM(2008) 614 final. – pour un commentaire de cette proposition de directive : S. Whittaker, Clausesabusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'« harmonisation complète » : D. 2009, p. 1152. – C. Castets-Renard, La proposition de directive relative aux droits des consommateurset la construction d'un droit européen des contrats : D. 2009, p. 1158).

Le chapitre V de la directive proposée reprenait une définition des clauses abusives fondée sur le critère du déséquilibre significatif et ne révolutionnait pas le droit français en prévoyant une double liste de clauses abusives : une liste de clauses réputées abusives en toutes circonstances (annexe II) et une liste de clauses jugées abusives à moins que le professionnel ne prouve le contraire (annexe III). Par ailleurs, les clauses étrangères aux deux listes devaient rester soumises à l'appréciation de leur caractère abusif par le critère du déséquilibre significatif : « Lorsqu'une clause contractuelle n'est pas incluse dans l'annexe II ou III, les États membres veillent à ce qu'elle soit réputée abusive si, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » (art. 32).

Si ce projet de directive d'harmonisation complète avait été adopté, il eut fallu corriger l'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u>pour introduire la référence à la bonne foi (qui figurait d'ailleurs déjà dans la directive de 1993).

20. – Portée limitée de la directive adoptée – La directive finalement adoptée (<u>Directive 2011/83/UE, 25 oct. 2011</u> relative aux droits des consommateurs, modifiant les <u>directives 93/13/CEE et 1999/44/CE</u> et abrogeant les <u>directives 85/577/CEE et 97/7/CE</u>: JOUE 22 nov. 2011, L 304/65. – G. Raymond, Directive consommateurs n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011: <u>Contrats, conc. consom. 2012, étude 3</u>) est bien moins ambitieuse que le projet de 2008. Devant les vives critiques que la proposition initiale avait essuyées, en raison notamment de l'harmonisation complète ambitionnée, il a été choisi de limiter l'harmonisation à « certains aspects des contrats de consommation à distance et hors établissement ». Les jeux d'argent, les services financiers, les créations, acquisitions et transferts de biens immobiliers, les voyages à forfait, le transport de passagers, l'utilisation de biens à temps partagé et les denrées de consommation courante livrées lors de tournées, sont exclus du champ d'application de la directive.

21. – Incidence sur le droit des clauses abusives – L'article 32 de la directive de 2011 contient une modification de la directive de 1993 relative aux clauses abusives : désormais, lorsqu'un État membre veut apporter en droit interne une disposition plus favorable aux consommateurs que celle de la directive, il doit en informer la Commission européenne, particulièrement lorsqu'il s'agit d'étendre le contrôle des clauses abusives aux clauses négociées individuellement ou lorsque le nouveau texte contient une liste de clauses réputées abusives (Directive de 1993, art. 8 bis nouveau).

22. – Incidence sur les contrats de construction – Les nouveautés apportées par la directive de 2011 en matière de vente à distanceet de contrats conclus à la suite d'un démarchage à domicile (et qui consistent à renforcer les obligations d'information et le délai de rétractation notamment) ne concernent pas les contrats de construction immobilière. L'article 3.3 e) exclut de son champ d'application les contrats portant sur la construction d'immeubles neufs et la transformation

importante d'immeubles existants, considérant que ces contrats sont déjà soumis à un certain nombre d'exigences spécifiques dans la législation nationale (il s'agit du considérant 26 de la directive).

5° Loi relative à la consommation de 2014

23. – Généralités – La <u>loi n° 2014-344 du 17 mars 2014</u> relative à la consommation marque une évolution notable du droit de la consommation en ce qu'elle autorise le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance, dans un délai de deux ans, à une nouvelle rédaction de la partie législative du Code de la consommation et pas nécessairement à droit constant (*G. Raymond, JCl. Concurrence-consommation, Fasc. 10 – Actualité : impacts de la <u>loi n° 2014-344 du 17 mars 2014</u>, sur le droit de la consommation. – La loi relative à la consommation : <u>Contrats, conc. consom. 2014, repère 4</u>). Cette loi, outre qu'elle transpose la directive de 2011 relative aux contrats à distance et conclus hors établissement, comporte deux innovations majeures : elle introduit une définition du consommateur (<u>C. consom., art. préliminaire</u>. – V. <u>n° 51</u>) et met en place une action groupe « à la française » qui sera bien utile pour apporter jusqu'au palais les petits litiges individuels (<i>sur cette action, V. n° 97*).

24. – Innovations relatives aux clauses abusives – La loi nouvelle apporte également de nouveaux instruments de lutte contre lesclauses abusives :

• •

des amendes administratives pour sanctionner les professionnels recourant dans leurs contrats à des clauses relevant de la liste noire des clauses abusives (C. consom., art. L. 132-2 nouveau. – V. n° 103);

• •

l'obligation pour le juge d'écarter d'office du débat l'application d'une clause qu'il estime abusive (<u>C. consom., art. L. 141-1. – V. n° 108</u>);

• •

un élargissement des moyens d'action des associations de consommateurs (<u>C. consom., art. L. 421-2,</u> al. 2 et L. 421-6, al. 3. – V. n° 91).

B. - Définition des clauses abusives

25. – La détermination des clauses abusives passe par plusieurs voies : une définition légale (1°) et deux listes réglementaires (2°).

1° Définition légale

26. – Texte historique – C'est dans l'article 35 de la loi du 10 février 1978 sur l'information et la protection des consommateurs de produits et de service que se trouve la définition historique des clauses abusives ; la définition y repose sur l'abus de puissance économique du professionnel qui retire de la clause un avantage excessif :

« Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens etdes services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif. »

27. – Texte actuel – La directive n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs aborde différemment la notion dans son article 3.1 :

« Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. »

Cette définition s'accompagne d'une liste indicative et non exhaustive, annexée à la directive, de clauses qui peuvent être déclaréesabusives (V. <u>n° 17</u>).

En transposant la directive du 5 février 1993, la <u>loi n° 95-96 du 1er février 1995</u> a substitué la notion de déséquilibre significatif aux critères de l'abus <u>et</u> de l'excès, pour définir la <u>clause abusive</u>. L'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u> dispose désormais :

« 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. »

Si le critère du déséquilibre significatif a été fidèlement transposé de la directive, la suite de la définition communautaire n'a pas été reprise à l'identique par la loi française : l'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u> ne reprend ni le critère de l'absence de négociation individuelle ni la contrariété à l'exigence de bonne foi, ce qui conduit à élargir le concept de clause abusive. Cependant, l'élargissement est sans doute limité à la définition théorique de la clause abusive puisque l'article L. 132-1, alinéa 4 commande d'apprécier le caractère abusif d'une clause au regard de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat. "Il y a lieu de penser que, si une clause a fait l'objet d'une négociation individuelle, le juge sera peu enclin à la déclarer abusive" (J. Calay-Auloy etH. Temple, Droit de la consommation : Précis Dalloz, 8e éd. 2010, n° 180).

28. – Déséquilibre significatif et lésion – Le déséquilibre significatif qui caractérise la clause abusive n'est pas une forme de lésion. La lésion représente un déséquilibre plus global entre l'objet du contrat et son prix ; tout rapprochement avec la lésion est d'ailleurs écarté par l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 qui dispose :

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire etcompréhensible. »

La réglementation des clauses abusives n'introduit donc pas un nouveau cas de lésion dans les contrats de consommation puisque le caractère abusif d'une clause ne peut résulter du montant du prix, sauf dans l'hypothèse d'une rédaction obscure ou confuse.

- 29. Critères d'appréciation L'article L. 132-1, alinéa 5, reprenant la directive, livre au juge la méthode à suivre pour apprécier le caractère abusif ou non abusif d'une clause.
- « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161,1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. »

Le juge est invité à puiser dans la période précontractuelle, dans l'économie générale du contrat ou d'un autre contrat dont celui-ci dépend (un prêt lié à une vente par exemple) les éléments dont il a besoin pour apprécier l'existence ou l'absence de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

30. – Clauses essentielles ou accessoires – Parmi les critères que le juge doit utiliser pour apprécier le caractère abusif d'une clause, ne figure pas le caractère principal ou accessoire de la clause pour le contrat considéré (Cass. 1re civ., 3 mai 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 213, pourvoi n° 04-16.698 : JurisData 2006-033297). Ce n'est que pour déterminer l'étendue de la sanction, nullité partielle ou nullité totale, que ce caractère est recherché (V. n° 85).

2° Listes réglementaires

- 31. Système antérieur Le recours à la liste comme stratégie de lutte contre les clauses abusive fut un apport de la directive européenne du 5 avril 1993, transposée à l'article L. 132-1 par la loi du 1er février 1995 :
- « Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause » (C. consom., art. L. 132-1, al. 3 ancien).

Il ne s'agissait pas d'un régime de présomption puisque le demandeur n'était jamais dispensé de prouver le caractère abusif.

32. – Système actuel – Le changement apporté par la réforme de 2008 est considérable. La <u>loi n° 2008-776 du 4 août 2008</u> de modernisation de l'économie et le <u>décret n° 2009-302 du 18 mars 2009</u> ont abrogé la liste annexée à l'article L. 132-1 pour lui substituer deux listes réglementaires, une noire et une grise (G. Paisant, Le décret portant listes noire et grise des clauses abusives : <u>JCP G 2009, I, 116</u>). Ces listes organisent un système de présomption facilitant la détermination des clauses abusives. Les articles R. 132-1 et 2 contiennent respectivement une liste de douze clauses nécessairement abusives, dite « liste noire » (a) et une liste de dix clausessimplement présumées abusives, dite « liste grise » (b). Ces listes consacrent en grande partie la jurisprudence développée depuis 1978.

a) Liste noire

33. – Cette liste est noire car le caractère abusif des clauses énumérées à l'article R. 132-1 ne peut être contesté. Elles sont « de manière irréfragable » dit le texte, présumées abusives et dès lors interdites :

Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présuméesabusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- 1° 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 reprises 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;
- 2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;
- 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;
- 4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;
- 5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;
- 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;
- 7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;
- 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur;
- 9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat :
- 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;
- 11° Subordonner, 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 ;
- 12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

Le 3° n'est pas applicable (<u>C. consom., art. R. 132-3</u>):

• •

aux contrats portant sur des valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours, d'un indice ou d'un taux que le professionnel ne contrôle pas ;

aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux émis en bureau de poste etlibellés en devises.

b) Liste grise

34. – La seconde liste, celle de l'article R. 132-2, énumère dix clauses dont le caractère abusif est présumé et dépend de la preuve contraire qu'apportera ou non le professionnel :

Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- 1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;
- 2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce ;
- 3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné;
- 4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;
- 5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur ;
- 6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1;
- 7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;
- 8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;
- 9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ;
- 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

Les 4° et 6° ne sont pas applicables (<u>C. consom., art. R. 132-3</u>):

aux contrats portant sur des valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours, d'un indice ou d'un taux que le professionnel ne contrôle pas ;

aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux émis en bureau de poste etlibellés en devises.

35. – Clauses hors listes – Les listes réglementaires ne sont pas exhaustives et il n'est pas interdit au juge de découvrir et de sanctionner d'autres clauses abusives que celles figurant aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation. En

présence d'une clause hors liste, il appartient au demandeur de prouver son caractère abusif conformément aux critères de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (V. n° 27).

3° Rôle du juge

36. – Définition jurisprudentielle des clauses abusives – Devant la carence du pouvoir réglementaire à déterminer les clausesabusives dans les contrats de consommation, le juge s'est reconnu le pouvoir de réputer non écrite les clauses abusives qu'il pouvait détecter dans les contrats soumis à son contrôle, à l'aide des recommandations de la Commission des clauses abusives.

Dans une décision bien connue du 14 mai 1991, l'arrêt Lorthioire, Minit Foto c/ Baucheron (Cass. 1re civ., 14 mai 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 153 : JurisData n° 1991-001446 ; Contrats, conc. consom. 1991, comm. 159 obs. L. Leveneur ; D. 1991, p. 449, note J. Ghestin ; JCP 1991, II, 21763, note G. Paisant ; RTD civ. 1991, p. 526, note J. Mestre. – H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, n° 159), la première chambre civile de la Cour de cassation admit que le juge pouvait déclarer abusive uneclause d'un contrat d'entreprise non visée par l'article 2 du décret de 1978, texte limité alors au contrat de vente :

ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite.

Dans cette décision importante, la Cour de cassation autorise les juges du fond à réputer non écrites des clauses pourtant non expressément visées par un décret, en dépit du texte de la loi de 1978. Dans son rapport annuel de 1991 (p. 347), ce coup de force est justifié par la nécessité de suppléer l'inertie ou la carence du pouvoir réglementaire.

37. – Rôle de la Cour de cassation – La qualification de clause abusive est contrôlée par la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 26 mai 1993 : Bull. civ. 1993, I, n° 192 : <u>JurisData n° 1993-001041</u>; D. 1993, jurispr. p. 568, note G. Paisant; D. 1994, somm. p. 12, obs. Ph. Delebecque; Defrénois 1994, art. 37546, note D. Mazeaud).

38. – Contrôle judiciaire des clauses abusives et contrats de construction – Le contrôle judiciaire des clauses abusives a porté sur de nombreuses clauses de contrats très variés : contrat avec un syndic de propriété, crédit à la consommation, contrat de téléphonie mobile, de carte téléphonique, de fourniture d'accès à internet, de location ou de vente de véhicule automobile, contrat relatif à la surveillance des locaux, contrat d'enseignement, de carte bancaire, etc. (pour une étude détaillée de ces jugements et arrêts, V. G. Raymond : JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 820).

Quant aux contrats de construction immobilière, ils ont connu quelques contrôles judiciaires (V. CA Grenoble, 2e ch., 17 mars 1997, SA Isère construction Maison Mikit c/ UFC 38, RG n° 3930-95: Dictionnaire permanent de Droit des affaires, V° Clauses abusive, n° 31. – CA Paris, 8e ch. sect. A, 4 févr. 1997, RG 1995-26369. – CA Pau, 1re ch., 21 juin 2000, RG 2760/00. – CA Paris, 2e ch. sect. B, 31 mai 2001, RG 1999-19151. – CA Lyon, 6e ch. civ., 10 nov. 2004, RG. 2001/2738. – TGI Epinal, 2e sect. civ., 2 déc. 2004, n° 03/0278) avec une intensification ces dernières années (CA Versailles, 14e ch., 13 nov. 2013, n° 12/08848, SARL Micha Coordination Construction c/ G. B.: JurisData n° 2013-026127. – Cass. 3e civ., 20 mars 2013, inédit, pourvoi n° 12-11797: JurisData n° 2013-028693. – Cass. 3e civ., 24 oct. 2012, n° 11-17800, PB: JCP E 2012, n° 48, note N. Dupont; Constr.-Urb. 2012, comm. 182, obs. C. Sizaire: JurisData n° 2012-023987. – Sur ces arrêts, V. n° 144).

39. – Étendue du pouvoir du juge – Les clauses énumérées à l'article R. 132-1 du Code de la consommation celles de la liste noire sont nécessairement abusives et par conséquent interdites. Il s'ensuit que le travail du juge se borne à vérifier la similitude aux clauses de ce texte de la clause dont la licéité lui est soumise. Qu'il y ait correspondance et le juge n'a pas d'autre liberté que de la déclarer abusive, sans que le professionnel ne soit admis à faire la preuve contraire.

Les clauses de la liste grise (<u>C. consom., art. R. 132-2</u>) sont quant à elles simplement présumées abusives. Il revient au juge de constater l'appartenance ou la non-appartenance de la clause litigieuse à cette liste ; en cas de correspondance, le juge apprécie la pertinence des éléments apportés par le professionnel sur lequel repose la charge probatoire, pour renverser la présomption et démontrer l'absence de déséquilibre significatif.

Pour les clauses hors listes, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation. A partir du critère de l'article L. 132-1 – un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties il apprécie si la clause est abusive conformément au cadre que pose l'alinéa 5 (etqui renvoie aux circonstances de conclusion du contrat, à son contenu ou celui d'un contrat interdépendant) et dans les limites de l'alinéa 7 (l'appréciation ne peut pas porter sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix, pour autant que les clausessont rédigées de façon claire et compréhensible).

4° Rôle de la Commission des clauses abusives

40. – Généralités – Le Code de la consommation consacre ses articles L. 534-1 à L. 534-3 à la Commission des clauses abusives. Aux termes du premier de ces textes, cette commission connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif. Après étude des documents qui lui sont confiés, elle émet des recommandations concluant à la suppression ou à la modification des clauses présentant un caractère abusif, lesquelles ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles (C. consom., art. L. 534-8). Elle établit chaque année un rapport d'activité et propose, éventuellement, les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraîtraient souhaitables. Ces recommandations et ce rapport sont publiés au bulletin officiel de la concurrence et de la consommation.

41. – Depuis la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, dite Loi Lagarde, la Commission des clauses abusives est devenue une composante de l'Institut national de la consommation (INC) aux côtés de la Commission des clauses abusives, V. Les vingt ans de la Commission desclauses abusives [Actes du colloque organisé le 29 mai 1998 à Chambéry] : Contrats, conc. consom. 1998, comm. 105).

42. – Saisine – Cette commission peut être saisie par le ministre chargé de la consommation, les associations agréées de défense des consommateurs et les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office (<u>C. consom., art. L. 534-2</u>). Elle connaît, aux termes de l'<u>article L. 534-1 du Code de la consommation</u>, des modèles de convention habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants, non professionnels ou consommateurs.

43. – Recommandations – La commission « recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractèreabusif » (<u>C. consom., art. L. 534-3</u>). Ces recommandations sont consultables sur le site de la Commission des clauses abusives(http://www.clauses-abusives.fr; <u>JCl. Concurrence – Consommation, Fasc. 820</u>: Clauses abusives, par G. Raymond, n° 24). Si les recommandations sont la plupart du temps sectorielles (déménagement, installations de cuisine, locations saisonnières, télésurveillance...), une recommandation de synthèse a été rédigée (recommandationn° 91-02 du 23 mars 1990, BOCCRF 6 sept. 1991).

Ces recommandations, nombreuses (plus de 70), ont permis d'élaborer une nomenclature de référence pour déterminer les clausessusceptibles d'être qualifiées d'abusives. Parmi toutes ces recommandations, deux d'entre elles seulement sont relatives au secteur de la construction immobilière (recommandation n° 81-02, 18 nov. 1980 concernant les contrats de construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur : BOCC 16 janv. 1981. – recommandation n° 91-03, 22 juin 1990 la complétant : BOCC 6 sept. 1991. – V. sur ces recommandations, n° 156 et s.).

44. – Valeur juridique des recommandations – S'agissant de leur normativité, la Cour de cassation a jugé que « les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation » (Cass. 1re civ., 13 nov. 1996 : Bull. civ. 1996, 1, n° 399 ; JurisData 1996-004239 ; JCP E 1997, pan. p. 9 ; JCP G 1997, I, 4015, n° 1 obs. Ch. Jamin ; D. 1997, somm. p. 174, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 32, obs. G. Raymond ; RTD civ. 1997, p. 424 obs. J. Mestre). Cette position est partagée par le Conseil d'Etat selon lequel la commission, « lorsqu'elle émet des recommandations, n'édicte pas de règles qui s'imposeraient aux particuliers ou aux autorités publiques, mais se borne à inviter les professionnels concernés à supprimer ou modifier les clauses dont elle estime qu'elles présentent un caractère abusif. » Par suite, « les recommandations émises par la commission ne constituent pas des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir » (CE, 16 janv. 2006 : JurisData 2006-069516 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 117, obs. G. Raymond ; D. 2006, p. 576, note V. Avena-Robardet).

45. – Source d'inspiration – Si les recommandations n'ont pas de force contraignante, elles constituent à tout le moins des sources d'inspiration tant pour le législateur que pour les juges (<u>JCl. Concurrence – Consommation, Fasc.</u>

820 : Clauses abusives, par G. Raymond, n° 23). Elles ont sans doute également une portée morale auprès des professionnels les plus diligents qui éradiquent spontanément de leurs contrats les clauses déclarées abusives par la Commission.

La loi du 19 décembre 1990 portant réforme du régime des contrats de construction de maisons individuelles (<u>CCH</u>, <u>art. L. 231-1 et s.</u>) a intégré dans les mentions interdites de ces contrats des <u>clauses</u> que la commission avaitrecommandées de déclarer <u>abusives</u> (V. <u>n° 130</u>).

46. – Recommandation de synthèse – Parmi toutes les recommandations publiées, l'une d'entre elles mérite une attention particulière puisqu'elle synthétise les recommandations précédentes. Il s'agit de la recommandation n° 91-02, adoptée le 23 mars 1990 (BOCCRF 6 sept. 1991). La commission y énonce 22 types de clauses ou combinaisons de clauses susceptibles d'être considérées comme abusiveslorsqu'il n'est « pas établi qu'elles ne résultent pas d'un abus de puissance économique et n'entraînent pas un avantage excessif pour leur rédacteur ». On remarquera la référence aux critères anciens de la clause abusive –l'abus de puissance économique et l'avantage excessif car cette recommandation a été publiée avant la réforme de 1995.

Parmi ces 22 clauses, un certain nombre ont été reprises d'abord dans l'annexe indicative des clauses susceptibles d'être considérées comme abusives de la loi de 1995, puis dans les listes noire et grise du décret d'application de la <u>loi de modernisation de l'économie</u> de 2008 (C. consom., art. R. 132-1 et 2).

À titre d'exemple, l'article R. 132-1, 1) reprend une clause figurant en tête de liste de la recommandation de synthèse de 1990 et déjà indiquée comme potentiellement abusive dans l'annexe de 1995 : il s'agit de celle qui a 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 reprises 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 ».

Autre exemple, la 10e clause de la liste grise (<u>C. consom., art. L. 132-2</u>) figurait également dans la recommandation de synthèse au n° 19 et dans l'ancienne annexe de l'article L. 132-1 au q) : est présumée abusive, la preuve contraire étant possible, la clause ayant pour objet ou pour effet de «supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges».

47. – Source d'inspiration jurisprudentielle – Les juges utilisent les recommandations de la Commission des clauses abusivescomme des outils pour les aider à déterminer le caractère abusif d'une clause soumise à leur contrôle. Dans un arrêt du 10 février 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait retenu la qualification de clause abusive, en prenant le soin de souligner que la solution des juges du fond rejoignait une recommandation de la Commission des clauses abusives(Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, n° 96-13.316 : Bull. civ. 1998, l, n° 53 : JurisData 1998-000564. – Adde Cass. 1re civ., 19 juin 2001, n° 99-13.395 : JurisData 2001-010219 ; Bull. civ. 2001, l, n° 181 : « la clause litigieuse, qui avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, était abusive et devait être réputée non écrite selon la recommandation n° 82-04 de la Commission des clauses abusives »). La Commission des clauses abusives est un « auxiliaire du juge » car ses recommandations vont « être utilisées comme un corpus qui vient compléter les dispositions des articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation » (Ph. Darrieux, Le regard des juges sur la Commission des clauses abusives, in La protection du consommateur contre les clausesabusives : Contrats, conc. consom. sept-oct. 1998, p. 38).

C. - Domaine d'application de la réglementation

1° Critères d'application

48. – L'interdiction des clauses abusives n'est pas généralisée à tous les contrats –du moins pas encore (V. <u>n° 7</u>). S'agissant des contrats de construction, seuls les contrats conclus entre un constructeur professionnel (b) et un consommateur ou non professionnel (a) sont concernés.

a) Acquéreur ou maître d'ouvrage consommateur ou non professionnel

49. – Variétés des bénéficiaires du droit de la consommation – En droit de la consommation, la qualité des parties conditionne toujours le domaine d'application des textes : le contrat doit être conclu entre un professionnel d'une part et un profane d'autre part. Si la définition du premier ne pose guère de difficultés (V. n° 67), l'appréhension du second varie selon les textes qu'il convient d'appliquer : le droit de la consommation s'adresse parfois au seul consommateur (ainsi l'article L. 141-5 du Code de la consommation qui ne réserve qu'à lui le privilège de juridiction qu'il édicte) ; il s'étend d'autres fois au non-professionnel (C. consom., art. L. 132-1, pour les clausesabusives et L. 136-1 4° en matière de reconduction de contrats) ; et enfin certains textes s'appliquent au professionnel ayant conclu un contrat sans rapport direct avec son activité (V. par exemple C. consom., art. L. 121-22 4).

Des règles bénéficient même à toute personne intéressée (comme l'obligation faite aux professionnels de remettre leurs modèles de convention : C. consom., art. L. 134-1) et la loi n° 2014-344 relative à la consommation du 17 mars 2014 a étendu, conformément à la directive européenne de 2011, la protection contre les dangers du démarchage à domicile aux petites entreprises pour les contrats n'entrant pas dans le champ de leur activité principale (C. consom., art. L. 121-16-1 III).

50. – Bénéficiaires de la protection contre les clauses abusives – Selon l'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u>, les clausesabusives sont interdites "dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs".

La formule était déjà celle de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978. Lors des discussions préalables à la loi de 1995 qui a modifié l'article L. 132-1 pour transposer la directive de 1993, le maintien de l'expression « non professionnel » a fait l'objet d'un débat au Sénat : la notion pouvait apparaître comme ambigüe et était inconnue du droit européen. Toutefois, selon le ministre de l'économie alors en place, M. Alphandéry, il convenait de maintenir cette particularité française afin de protéger les artisans ou les personnes dont l'activité professionnelle n'était pas spécifiquement concernée par le contrat contrôlé (Sénat, séance 15 nov. 1994, p. 5566). Le même égard pour le professionnel se retrouve dans les travaux préparatoires de la loi Châtel du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite Châtel II, qui a étendu l'information sur la reconduction des contrats aux non professionnels (C. consom., L. 136-1, al. 4).

1) Notion de consommateur

51. – Définition légale – Le Code de la consommation s'ouvre désormais sur un article préliminaire livrant une définition du consommateur fidèlement reprise de l'article 2-1 de la directive :

Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

Ce texte est issu de la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, transposant la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits du consommateur (JOUE 22 nov. 2011, L 304/65. – G. Raymond, Directive consommateurs n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011. – Contrats, conc. consom. 2012, étude 3).

On note que les activités agricoles ne figurent pas dans la liste (et ne figuraient pas davantage dans la directive de 2011) malgré un amendement proposant de les ajouter (sur cette question, V. G. Raymond : JCl. Concurrence-consommation, Fasc. 10. – Actualité : impacts de la <u>loi n° 2014-344 du 17 mars 2014</u> sur le droit de la consommation, n° 5 et s. et spécialement n° 18).

52. – Qualité déniée aux personnes morales – La directive européenne de 1993 relative aux clauses abusives réserve la qualité de consommateurs aux seules personnes physiques (art. 2, b); la CJCE (désormais CJUE) a donc considéré dans son arrêt du 22 novembre 2001 que « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, [devait] être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques » (CJCE, 22 nov. 2001, aff. C-541/99 et C-542/99, Cape Snc c/ Idealservice Srl et Idealservice : Rec. CJCE 2001, I, p. 9049 ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 18, obs. G. Raymond ; JCP E 2002, II, 10047, note G. Paisant ; D. 2002, p. 90 note C. Ronday ; LPA 22 mai 2002, n° 102, p. 16, note C. Nourissat ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2002, p. 397, obs. J. Raynard ; RTD com. 2002, p. 404, obs. M. Luby. – Adde M. Luby, Trop ne vaut rien ! Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives : Contrats, conc. consom. 2004, chron. 1, n° 18).

Les personnes morales n'ont donc pas la qualité de consommateur ; toutefois, elles peuvent bénéficier de la protection contre les clausesabusives dans la mesure où l'article L. 132-1 du Code de la consommation étend cette protection aux contractants non-professionnels.

2) Notion de non professionnel

53. – Non professionnel ou consommateur : équivalence ou alternative ? – Le « ou » figurant à l'article L. 132-1 pour les clausesabusives (« non-professionnel ou consommateur ») est remplacé par un « et » dans les textes plus récents. L'article L. 136-1, al. 4 du Code de la consommation relatif à la reconduction des contrats, applique par exemple le dispositif de protection « aux consommateurs etaux non-professionnels ». Pour ce texte, la <u>loi Châtel</u> de 2008 a levé toute ambiguïté : le non-professionnel est bien une catégorie différente du consommateur. S'il en est ainsi pour les articles <u>L. 136-1 et suivants du Code de la consommation</u>, il devrait en aller de même pour l'interprétation de l'article L. 132-1 en matière de clauses abusives.

54. – Critère ancien : compétence professionnelle – Dans l'arrêt Pigranel du 28 avril 1987 (<u>Cass. 1re civ., 28 avr. 1987, n° 85-13674</u> : <u>JurisData n° 1987-000971</u> ; <u>Bull. civ. 1987, I, n° 134</u> ; <u>JCP G 1987, II, 20893</u>, note G. Paisant ; <u>D. 1988, p. 1, note Ph. Delebecque</u>), le dispositif de protection contre les <u>clauses abusives</u> avait été accordé à la société Pigranel au motif que son contrat « échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme <u>et</u> qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ».

55. – Critère actuel : absence de rapport direct avec l'activité professionnelle – Pour qualifier le non-professionnel, la jurisprudence applique aujourd'hui un critère que le Code de la consommation utilise déjà en matière de démarchage à

domicile: l'article L. 121-22, 4° exclut du régime protecteur les professionnels concluant, à la suite d'un démarchage, des « ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession ».

Dans un arrêt du 24 janvier 1995, la première chambre civile jugea ainsi que l'article L. 132-1 « ne [s'appliquait] pas aux contrats de fournitures de biens ou de service qui [avaient] un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant » (Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 : Juris Data n° 1995-000267; Bull. civ. 1995, I, n° 54; D. 1995, p. 327, note G. Paisant; D. 1995, p. 229, obs. Ph. Delebecque; D. 1995, p. 310, obs. J.-P. Pizzio).

Cette solution s'est maintenue depuis (V. G. Raymond : JCl. Concurrence-Consommation, V° Clauses abusives, fasc. 820 et les arrêts cités), y compris au-delà du droit des clauses abusives (pour une application au droit de rétractation consécutif à un démarchage, V. Cass. 1re civ., 10 juill. 2001, n° 99-12512 : JurisData n° 2001-010603 ; Bull. civ. 2001, I, n° 209, ayant constaté que la technicité et le coût du matériel objet du contrat ne s'adressaient qu'à un professionnel, la cour d'appel a pu estimer souverainement que cette acquisition avait un rapport direct avec l'activité professionnelle, même future, de l'acheteur, dont elle n'avait pas à vérifier les compétences professionnelles).

56. – La Cour de cassation contrôle l'appréciation de ce rapport direct ou indirect par les juges du fond. En 1996, elle a censuré un arrêt qui avait appliqué la législation sur les clauses abusives au bénéfice d'un fabricant de bracelets de cuir sans compétence particulière en matière d'électronique et de téléphone : « en se déterminant ainsi, alors que l'objet du contrat avait un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par la société Boss, de sorte que le contrat ne relevait pas de la législation sur les clauses abusives, la cour d'appel a violé » l'article L. 132-1 du Code de la consommation (Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, n° 94-18667 : JurisData n° 1996-004144 ; Bull. civ. 1996, I, n° 377 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 23, obs. L. Leveneur et comm. 12, obs. G. Raymond).

57. – Personnes morales – Déjà dans l'arrêt Pigranel de 1987 (préc. n° 54), la première chambre civile avait approuvé l'application de la protection contre les clauses abusives au bénéfice d'une personne morale dans la mesure où le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de cette dernière. Dans sa décision du 15 mars 2005, la première chambre civile confirma, tout en l'excluant en l'espèce, la possibilité de considérer une personne morale comme un non-professionnel au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (Cass. 1re civ., 15 mars 2005, n° 02-13285, synd. Départemental du contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe Computer Systèmes : JurisData n° 2005-027573 ; Bull. civ. 2005, l, n° 135 ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 100 ; LPA 12 mai 2005, n° 94, p. 12, note. D. Bert ; D. 2005, p. 887, obs. C. Ronday ; D. 2005, p. 1948, note A. Boujeka) :

Attendu que si, par arrêt du 22 novembre 2001, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit : « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques », la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ; que cependant, dès lors qu'en l'espèce le contrat litigieux entre la société ECS et le Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne n'avait pu être conclu par ce dernier qu'en qualité de professionnel, les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 95-96 du 1er février 1995, ne sauraient trouver application ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, la décision déférée se trouve légalement justifiée.

L'affaire concernait un syndicat professionnel dont l'objet social était d'effectuer des opérations de contrôle et de performance, d'état civil et d'identification des animaux, qui avait conclu un contrat de location de matériel informatique avec option d'achat. Ce contrat était en rapport direct avec l'objet social de la personne morale.

L'objet social des personnes morales est sans doute l'élément à l'aune duquel est examiné le rapport avec l'objet du contrat soumis au contrôle, rapport qui ne doit pas être direct pour que la qualité de non-professionnel soit retenue.

58. – Exclusion des sociétés commerciales – Un contrat portant sur l'installation d'un distributeur de boissons chaudes avait été conclu entre deux sociétés commerciales. Bien que le contrat comportât une clause d'exclusivité au profit de l'exploitant du distributeur, la société cocontractante fit installer dans ses locaux un matériel concurrent. Pour se défendre de l'action en résiliation et en dommages etintérêts dirigée contre elle, la société débitrice de l'exclusivité fit valoir le caractère abusif de la clause ; elle obtint gain de cause en appel, les juges du fond estimant que dans le cadre de la conclusion du contrat de dépôt, cette société devait être considérée comme un simple consommateur, l'objet dudit contrat n'ayant strictement aucun rapport avec son activité. Cet arrêt fut cassé au visa de l'article L. 132-1 du Code de la consommation :

En se déterminant ainsi, alors que les dispositions du texte susvisé, selon lesquelles sont réputées non écrites, parce qu'abusives, certaines clauses des contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales, la cour d'appel a, par fausse application, violé ce texte (Cass. 1re civ., 11 déc. 2008, inédit, n° 07-18.128 : Juris Data n° 2008-046239. — adde dans le même sens : Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-

26.416, F-D, Sté Wolseley France c/ Sté Europ télésécurité et a. : JurisData n° 2013-027899 ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 60, par L. Leveneur).

La même solution fut retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2011 à propos de l'application de l'article L. 136-1 du Code de la consommation (Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.583 : JurisData n° 2011-018285 ; Bull. com. 2011, IV, n° 127 : l'article L. 136-1 du Code de la consommation « ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales »).

59. – Les personnes morales bénéficiaires du régime de protection contre les clauses abusives accordé aux non-professionnels ne peuvent donc être que des personnes morales non commerçantes qui concluent un contrat sans rapport direct avec leur activité professionnelle. Les syndicats de copropriétaires en sont l'un des rares exemples.
60. – Syndicat de copropriétaires – Les contrats conclus entre un syndic et un syndicat de copropriétaires n'échappent pas à la prohibition des clauses abusives. Un arrêt de la cour d'appel de Grenoble a fortement motivé cette solution. Pour répondre au syndic qui concluait que l'objet de l'article L 132-1 du Code de la consommation était l'action individuelle du consommateur et que ce texte ne pouvait donc pas s'appliquer à un syndicat de copropriétaires, les juges grenoblois développèrent une argumentation en cinq points (CA Grenoble, 1re ch. civ., 10 déc. 2012, RG n° 09/02134. – adde CA Grenoble, 1re ch. civ., 28 janv. 2013, RG n° 09/00604):

• •

le non-professionnel, dont il est constant qu'il peut être une personne morale, est assimilé par la loi française à un consommateur pour bénéficier de cette protection particulière ;

• •

l'objet du syndicat de copropriétaires conféré par l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965 – la conservation de l'immeuble etl'administration des parties communes ne saurait être assimilé à une activité économique ;

• •

il est composé de copropriétaires consommateurs dont le regroupement en une structure juridique ayant le statut de personne morale ne lui confère pas, de ce seul fait, la qualité de professionnel de l'immobilier;

• •

il est indifférent que le contrat litigieux ne soit pas un contrat d'adhésion puisque la loi n'impose pas ce critère pour son application ;

• •

enfin, le Code de la consommation n'exclut pas les immeubles de son champ d'application, la Commission des clauses abusives considérant d'ailleurs que le contrat de syndic de copropriété entre dans le champ de ses compétences (recommandations n° 96-01et 11-01).

Lorsqu'un syndicat de copropriétaires conclut des contrats de construction pour des agrandissements ou de grosses rénovations avec des constructeurs professionnels, ces conventions ne doivent donc contenir aucune clause abusive. La Cour de cassation a déjà jugé qu'un contrat d'entretien passé par un syndicat de copropriétaires relevait des dispositions relatives à la reconduction des contrats (*C. consom., art. L. 132-6*) au motif que « les personnes morales n'étaient pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions susvisées » (*Cass. 1re civ., 23 juin 2011, n° 10-30.645 : JurisData n° 2011-012279 ; Bull. civ. 2011, I, n° 122) ;* sans doute la solution serait identique pour l'application de l'article L. 132-1 qui vise pareillement le non-professionnel aux côtés du consommateur.

Un arrêt récent de la cour d'appel de Paris a jugé, à propos de l'application de l'<u>article L. 136-1 du Code de la consommation</u> qu'un « syndicat des copropriétaires, n'ayant pour objet que l'entretien et la gestion de l'immeuble, se trouve dans la même position qu'un consommateur dans ses rapports avec les prestataires de services » (CA Paris, 15 janv. 2014, <u>JurisData n° 2014-002213</u>; G. Raymond: <u>Contrats, conc. consom. 2014, comm. 172</u>).

61. – Coopératives de construction et sociétés d'habitat participatif – Les coopératives de construction immobilière sont une institution ancienne alors que les sociétés d'habitat participatif réalisent une innovation de la <u>loi ALUR du 24 mars 2014</u>, nouveauté qu'on a pu qualifier de simple « toilettage » des premières (Ch. Sizaire, La <u>loi ALUR</u> : de la régulation à l'innovation : <u>Constr.-Urb. 2014, repère 4</u>. – Adde M. Painchaux, Les nouvelles sociétés de construction : RD imm. 2014, p. 282).

L'habitat participatif est défini dans cette loi comme une démarche citoyenne qui permet à des personnes physiques de s'associer, le cas échéant avec des personnes morales, afin de participer à la définition et à la conception de leurs logements et des espaces destinés à un usage commun, de construire ou d'acquérir un ou plusieurs immeubles destinés à leur habitation et, le cas échéant, d'assurer la gestion ultérieure des immeubles construits ou acquis (CCH, art. L. 200-1). Pour encadrer cette démarche, la loi ALUR a créé deux nouveaux types de sociétés : les coopératives d'habitants et les sociétés d'attribution ou d'autopromotion. Ces deux sociétés ont pour objet de fournir un logement à titre de résidence principale à leurs associés personnes physiques ; mais tandis que la coopérative d'habitants confère la jouissance des logements à ses associés par la conclusion de contrats coopératifs (CCH art. L. 201-8), la société d'attribution ou d'autopromotion leur attribue la propriété ou la jouissance du logement (CCH, art. L. 202-2). Pour être proches de la société coopérative de construction (CCH, art. L. 213-1 et s.), ces nouvelles formes de sociétés poursuivent un objet social plus large, qui n'est pas limité à l'acquisition ou à la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, mais s'étend à l'organisation et au développement de la vie collective des habitants.

62. – Constructeur professionnel ou non professionnel ? – Parce qu'elles figurent dans le livre II du Code de la construction et de l'habitation portant « Statut des constructeurs », ces sociétés dans lesquelles les membres sont à la fois les investisseurs, les clients et les associés, ont donc la qualité de constructeurs ; peut-on en déduire qu'elles sont des constructeurs professionnels ou bien faut-il considérer que leur objet social tendu vers l'acquisition ou la jouissance d'un logement pour leurs membres doit plutôt conduire à les regarder comme des non-professionnels ?
63. – Comparaison avec l'acquéreur non professionnel de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation – L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation reconnaît une faculté de rétractation sous sept jours, à l'acquéreur non professionnel qui conclut un acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière.

La reconnaissance d'un tel droit de rétractation à des sociétés civiles immobilières a été admise par des juges du fond :

• •

une SCI, ayant pour objet la constitution d'un patrimoine par l'acquisition et la dation à bail de biens meubles et immeubles etleur gestion, « ne peut être clairement considérée comme un acquéreur professionnel » (CA Aix en Provence, 1re ch. B, 4 oct. 2007, RG n° 07/03367, SCI Agathe c/ Pellat);

• •

une « société civile immobilière familiale constituée pour les besoins d'une opération isolée ne fait pas profession de l'acquisition immobilière, de sorte qu'elle ne peut être qualifiée d'acquéreur professionnel » (CA Montpellier, 1re ch. sect. A 01, 18 avr. 2013, n° 1/03286 : JurisData n° 2013-014354).

64. – L'arrêt Villa Léopolda – La qualité d'acquéreur professionnel, empêchant l'application de l'article L. 271-1, a en revanche été retenue pour une société dont l'objet social relevait de l'activité des professionnels de l'immobilier. Une promesse synallagmatique de vente notariée avait été conclue avec comme acquéreur une société représentant un milliardaire russe qui avait finalement renoncé à la vente. Etait en jeu la restitution du dépôt de garantie s'élevant à plusieurs dizaines de millions d'euros. L'acquéreur en demandait la restitution au motif qu'il aurait dû bénéficier du délai de rétractation prévu par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Le pourvoi en cassation faisait valoir que les personnes morales n'étaient pas exclues de la catégorie des acquéreurs non professionnels et devaient bénéficier de ce texte lorsqu'elles achetaient un bien à usage d'habitation au profit des personnes physiques pour le compte desquelles elles agissent (ce qui était le cas en l'espèce, la société ayant été constituée dans le seul but de réaliser l'acquisition de la villa pour l'usage personnel de son célèbre associé). Le pourvoi reprochait également aux juges d'appel d'avoir déduit le caractère professionnel de l'acte à partir de l'objet social statutaire de la société au lieu de regarder l'activité réelle de celle-ci. Le pourvoi fut rejeté (Cass. 3e civ., 24 oct. 2012, n° 11-18.774 : JurisData n° 2012-024056 ; Bull. civ. 2012, Ill, n° 153 ; Constr.-Urb. 2012, comm. 185, obs. Ch. Sizaire ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 3, obs. L. Leveneur ; JCP N 2012, n° 14, 1073, comm. P.-F. Cuif ; D. 2013, p. 280, note Ch. Blanchard) :

Mais attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que l'objet social de la société Foncière du Trého était l'acquisition, l'administrationet la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés et relevé que l'acte

avait un rapport direct avec cet objet social, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, en a déduit à bon droit que la société Foncière du Trého n'étant pas un acquéreur non professionnel ne pouvait bénéficier des dispositions de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, a légalement justifié sa décision.

La référence dans l'arrêt au « rapport direct » évoque littéralement le critère jurisprudentiel d'identification du nonprofessionnel en matière de clauses abusives.

65. – Une comparaison entre l'objet social de la société et l'objet du contrat contrôlé conduirait à considérer les sociétés de construction, y compris les coopératives, comme des professionnels pour la conclusion des contrats de construction puisque ces contrats sont bien en rapport direct avec leur objet social. Les contrats que ces sociétés passeront avec leurs associés (lesquels répondent parfaitement à la définition du consommateur livrée à l'article préliminaire du Code de la consommation) seraient alors soumis aux contrôles des clauses abusives. Pourtant, le risque de déséquilibre sera sans doute assez faible dans ces contrats. Il pourrait être plus grand dans les contrats de construction passés entre la société et les professionnels à qui elle confiera la réalisation de la construction. 66. – Sociétés de construction-attribution – Selon l'article L. 212-1, alinéa 1er du Code de la construction et de l'habitation, la société d'attribution a pour objet la construction d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance. Le programme envisagé peut être destiné à accueillir l'activité professionnelle des associés qui la constituent ; dans ce cas, les contrats de construction échappent à la législation sur les clauses abusives du Code de la consommation. 'Lorsqu'il s'agit de construire des logements pour les attribuer aux associés, la société de construction attribution est tenue de conclure avec le promoteur chargé d'orchestrer l'opération un contrat de promotion immobilière dont le contenu est soumis aux règles impératives des articles L. 222-1 et suivants du Code la construction et de l'habitation. Le formalisme de ce contrat réduit sans doute le risque declauses abusives, sans le faire disparaître cependant puisqu'il est loisible aux parties d'ajouter aux contrats les clauses qui ne contredisent pas les dispositions impératives. Si le rapport direct du contrat avec l'objet social de la société est le critère pour décider du caractère professionnel de la personne morale, alors les contrats de construction conclus par la société d'attribution échappent au contrôle desclauses abusives, y compris pour les immeubles d'habitation attribués par fractions aux associés.

b) Un constructeur professionnel

1) Définition du professionnel

67. – Définition européenne – Le droit français ne définit pas le professionnel mais le droit européen le fait. Dans la directive de 1993 relative aux clauses abusives, l'article 2. c) définit le professionnel comme :

toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.

La <u>directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011</u> relative aux droits des consommateurs, le définit plus précisément dans son article 2 comme :

toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive » (sur cette directive, V. n° 19).

Le professionnel apparaît comme le contraire d'un consommateur puisqu'il agit dans le cadre de son activité professionnelle.

2) Constructeurs concernés

68. – Architectes, entrepreneurs, techniciens... – L'architecture et l'entreprise du bâtiment sont deux professions réglementées, la première par la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 (modifiée par L. n° 2005-157, 23 févr. 2005) et la seconde par celle n° 96-603 du 5 juillet 1996 et son décret d'application n° 98-246 du 2 avril 1998. Les techniciens d'étude que sont les ingénieurs conseils et les bureaux d'études techniques sont des professionnels du bâtiment que l'on consulte sur un point précis de la construction (isolation phonique, étanchéité, résistance des matériaux...); ils assurent parfois la maîtrise d'œuvre des travaux car la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture ne réserve pas aux architectes la direction des travaux. Ces contrats, lorsqu'ils sont passés avec un maître d'ouvrage consommateur ou non professionnel, relèvent du contrôle des clauses abusives.

69. – Constructeurs de maison individuelle – Le contrat de construction de maison individuelle avec fourniture des plans est soumis à un régime d'ordre public comprenant une liste de mentions interdites (*CCH*, art. L. 231-3. – V. n° 130). Ces mentions n'épuisent cependant pas les possibilités de clauses abusives qui pourraient s'y trouver. Par ailleurs, le régime du CCMI sans fourniture des plans ne reproduit pas cette liste légale de mentions interdites (*CCH*, art. L. 232-1 et s.). ; il faudra donc en passer par le droit des clausesabusives pour que ces clauses y soient réputées non écrites.
70. – Promoteurs immobiliers – Le promoteur est en droit celui qui conclut un contrat de promotion immobilière que l'article 1831-1 du Code civil définit comme un mandat. Mais la profession des promoteurs immobiliers est plus large. Selon l'article 3 des statuts de la Fédération nationale des promoteurs constructeurs, "Est constructeur promoteur celui dont la profession est de prendre, de façon habituelle, l'initiative de réalisation immobilière et d'assumer la responsabilité de la coordination des opérations intervenant pour l'étude, l'exécution et la mise à disposition des usagers des programmes à réaliser". Les promoteurs immobiliers constituent bien souvent des sociétés de construction-vente pour réaliser et commercialiser leurs programmes immobiliers.

71. – Sociétés de construction-vente – Les sociétés de construction-vente ont pour objet « de construire un ou plusieurs immeubles en vue de leur vente en totalité ou par fraction » (CCH, art. L. 211-1) : les contrats de vente d'immeubles à construire ou clefs en mains que ces sociétés passent avec un acquéreur consommateur ou non professionnel relèvent de la législation sur les clauses abusives (V. aussi art. L. 121-24 nouveau en matière de contrat conclu à distance et hors établissement).

72. – Constructeurs non professionnels – La catégorie des constructeurs non professionnels est très réduite, les opérations de construction immobilière relevant généralement d'une activité professionnelle. Cependant pour l'application de la garantie décennale etde la garantie biennale, l'article 1792-1 2° du Code civil répute constructeur le vendeur après achèvement d'un ouvrage qu'il a construit ou fait construire. Ce vendeur peut bien être un particulier puisque la qualité de constructeur n'est pas ici associée à l'exercice d'une activité de construction immobilière à titre professionnel : il est alors un constructeur débiteur des garanties légales de la construction immobilière mais il n'est pas un professionnel soumis au droit de la consommation.

73. – Vendeurs professionnels et garantie des vices cachés – Les clauses exonératoires de garantie des vices cachés ne sont valables que lorsque le vendeur n'est pas un professionnel de l'immobilier (*J. Huet, <u>JCl. Civil Code, Art. 1641 à 1649, fasc. 60, Vente-Garantie légale contre les vices cachés, n° 18 et s.*). La définition jurisprudentielle du professionnel en droit de la vente est différente de celle qui a cours en droit de la consommation ; elle ne repose pas sur le rapport direct avec l'activité professionnelle du vendeur on peut regretter cette hétérogénéité qui ne facilite pas l'intelligibilité du droit. Pour le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de garantie des vices cachés, ont été considérés comme vendeurs professionnels :</u>

• •

un vendeur particulier qui s'était comporté comme un professionnel de la vente : il s'agissait d'une dame ayant fait rénover plusieurs de ses appartements avant de les vendre (Cass. 3e civ., 11 mai 2010, inédit, n° 09-14.095);

• •

le propriétaire d'un immeuble qui l'avait vendu après y avoir réalisé des travaux en se comportant comme un maître d'œuvre : « Mais attendu qu'ayant retenu que M. X... s'était comporté en qualité de maître d'œuvre, qu'il avait acheté les matériaux, conçu l'installation litigieuse et l'avait en partie réalisée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant qu'il devait être assimilé au vendeur professionnel tenu de connaître le vice » (<u>Cass. 3e civ., 9 févr. 2011, n° 09-71.498</u> : <u>JurisData n° 2011-001371</u> ; Bull. civ. 2011, III, n° 24).

2° Contrats concernés

a) Indifférence de la forme du contrat

74. – Large champ d'application de la réglementation – En application de l'<u>article L. 132-1, alinéa 4, du Code de la consommation</u>, le contrôle des clauses abusives porte sur toute forme ou support du contrat. Le texte cite notamment les bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, qu'ils contiennent des stipulations négociées librement ou non, ou des références à des conditions générales préétablies.

Les contrats soumis à la réglementation française de lutte contre les clauses abusives sont plus nombreux que ceux couverts par la directive européenne de 1993, laquelle exclut de son champ d'application les contrats négociés (art. 3).

b) Contrats publics

75. – Services publics – La définition du professionnel issue de la directive de 1993 inclut les personnes morales dont l'activité professionnelle est publique (art. 2, c). Pourtant, l'application aux contrats de service public de la législation sur les clauses abusives a été discutée (J. Huet, La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : quel droit, quels juges ? : LPA 6 févr. 1998, p. 7. – S. Pellinhelli-Steichen, Les contrats passés par les services publics industriels etcommerciaux au regard des clauses abusives : LPA 14 juill. 1997, p. 11) jusqu'à ce que le Conseil d'État considère en 2001 que l'article L. 132-1 du Code de la consommation était bien applicable aux contrats conclus entre un usager et un service public (CE, 11 juill. 2001, n° 221458, Sté des eaux du Nord : JCP 2001, I, 370, n° 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2002, p. 51, obs. G. Orsoni. – Pour un point de vue critique sur cette solution, V. G. Lazzarin, L'application du droit de la consommation aux services publics, Les contradictions de la jurisprudence Société des eaux du Nord : RFDA 2011, p. 591). Le juge compétent pour contrôler la conformité de ces contrats à la réglementation des clauses abusives n'est pas le juge judiciaire ; ce dernier méconnaîtrait le principe de la séparation des pouvoirs réglementaire et judiciaire, s'il réputait non écrite une clause de nature réglementaire (Cass. 1re civ., 31 mai 1988, n° 87-10479 : JurisData n° 1988-001770 ; Bull. civ. 1988, I, n° 161 ; D. 1988, somm. p. 406, obs. J.-L. Aubert. – Cass. 1re civ., 22 nov. 1994, n° 93-11611 : JurisData n° 1994-002291 ; Bull. civ. 1994, I, n° 343).

76. – Marchés publics – Les contrats de construction immobilière relèvent des marchés publics quand ils sont passés par des personnes publiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux notamment. Mais dans ces marchés, le risque de déséquilibre au profit du constructeur devrait être rare ; et, en tout état de cause, les personnes publiques ne sont ni des consommateurs ni des non-professionnels. Le Conseil d'État refuse par conséquent l'application de la réglementation des clauses abusives aux marchés publics (CE, 7e et 2e sect. réunies, 23 févr. 2005, n° 264712) :

Considérant en quatrième lieu qu'aux termes de l'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u>: Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont <u>abusives</u> les <u>clauses</u> 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; que les dispositions du code des marchés publics régissent la passation et l'exécution de marchés passés par les personnes publiques mentionnées à son article 2 avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services; que, par suite, les organismes requérants ne peuvent utilement invoquer les dispositions précitées de l'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u> qui ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur.

C) Contrats internationaux

77. – Ancien texte – Sous l'empire de l'article 135-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995, les dispositions de l'article L. 132-1 étaient applicables, nonobstant toutes stipulations contraires, aux situations internationales qui cumulaient les trois caractéristiques suivantes :

la loi qui régissait le contrat était celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne ;

le consommateur ou le non professionnel avait son domicile sur le territoire de l'un des États membres de

l'Union européenne ;

le contrat était proposé, conclu et exécuté sur le territoire d'un État membre.

Le contrôle des clauses abusives devait être exercé par le juge français à trois conditions cumulatives : lorsqu'il était saisi par un consommateur de l'Union européenne dont le contrat était régi par une loi étrangère à l'Union et si l'offre de contrat, sa conclusion et son exécution s'opéraient sur le territoire d'un État membre.

La législation nationale sur les clauses abusives pouvait cependant être écartée toutes les fois où la loi des parties était celle d'un État membre de l'Union.

78. – Lien étroit – Le texte français se heurtait à une décision de la CJCE selon laquelle la directive relative aux clauses abusives de 1993 devait trouver application aux situations internationales dès qu'un contrat présentait « un lien étroit » avec un Etat membre de l'Union, et quel que fut ce lien, ce qui était plus large que le cumul des trois critères prévus par la loi du 1er février 1995(CJCE 9 sept. 2004, Commission des Communautés européennes c/ Espagne, aff C-70/03).
79. – Nouveau texte – Pour tenir compte de la jurisprudence européenne, la loi du 17 mars 2014 (art. 31) a modifié la rédaction de l'article L. 135-1 du Code de la consommation :

Nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un État membre de l'Union européenne en application de la <u>directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993</u>, concernant les <u>clauses abusives</u> dans les contrats conclus avec les consommateurs lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un État membre.

80. – Impact du nouveau texte – Le remplacement des trois critères de l'ancien article L. 135-1 par le critère unique du lien étroit avec le territoire d'un État membre est plus favorable au consommateur car le jeu de la réglementation contre les clauses abusives s'en trouve facilité. Pour autant, le nouveau texte a resseré l'impérativité de l'article L. 132-1 en matière de conflit de lois autour du seul « consommateur », le « non-professionnel » disparaissant du texte. Alors que la législation française contre les clauses abusives protège les consommateurs et les non professionnels sans distinction, seuls les consommateurs *stricto sensu* sont désormais protégés dans les situations internationales présentant un lien étroit avec le territoire d'un État membre de l'Union.

d) Contrats des secteurs libre et protégé

81. – Généralités – Le droit des contrats de construction est scindé en deux secteurs : il y a d'un côté ceux qui se trouvent soumis à un ordre public de protection parce qu'ils sont conclus dans le secteur protégé de la construction immobilière, qu'on peut présenter grossièrement comme celui du logement ; et de l'autre côté, les contrats du secteur libre, gouvernés par le droit commun des contrats, dans lesquels la liberté contractuelle joue davantage. Les règles sectorielles du secteur protégé sont concentrées dans le Code de la construction et de l'habitation. Il faut donc définir les frontières du secteur protégé pour faire apparaître le cadre du secteur libre en retour.

82. – Définition du secteur protégé – Le secteur protégé se définit par l'usage auquel la construction est destinée. Un contrat relève du secteur protégé quand il a pour objet la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte, professionnel etd'habitation ; si l'immeuble est destiné à un usage exclusivement professionnel, le contrat sort du secteur protégé pour entrer dans le secteur libre. La clef d'entrée ou de sortie du secteur protégé, qui repose sur l'usage de la construction, est objective en ce sens qu'elle ne tient pas compte de la qualité de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage qui peut être une personne physique ou morale, un professionnel ou un consommateur ; seul compte l'usage auquel est destiné le bien. Relèvent ainsi du secteur protégé des opérations dans lesquelles les accédants à la propriété sont de grands investisseurs qui n'ont sans doute nullement besoin de protection particulière, voire même qui sont en position de force pour négocier avec le vendeur.

À rebours du droit de la construction, des lois de protection de l'accédant au logement réservent leur bénéfice à l'accédant non professionnel : c'est le cas de la <u>loi Scrivener n° 79-596 du 13 juillet 1979</u> relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier et de la loi 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (loi SRU).

83. – Définition du secteur libre – Ce secteur est dit « libre » car les textes n'y imposent pas de modèles contractuels impératifs ; les parties choisissent la nature et le contenu de leur contrat. Si l'on raisonne sur l'exemple de la vente d'un immeuble de bureaux à construire, les parties pourront opter pour une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) dont les modalités de paiement du prix seront abandonnées à leur volonté : calendrier des versements, pourcentage des fractions de prix, date d'exigibilité du solde, etc. À l'inverse, les VEFA du secteur protégé connaissent un régime d'échelonnement des paiements impératif et pénalement sanctionné (CCH, art. L. 263-1).

Il s'agit néanmoins d'une liberté surveillée car elle est bordée par les dispositions d'ordre public venues de la théorie générale (licéité de la cause par exemple) ou du droit spécial (comme l'interdiction des clauses limitatives ou exonératoires de garantie décennale de l'article 1792-5 du Code civil).

84. – Autonomie du droit de la consommation – Le droit de la consommation s'applique aux contrats de construction immobilière relevant de son champ d'application, sans égard pour la distinction des secteurs libre et protégé. Les frontières du secteur protégé ne coïncident d'ailleurs pas avec celles du droit de la consommation :

• •

les contrats du secteur libre peuvent être des contrats de consommation : par exemple, un contrat de maîtrise d'œuvre conclu entre un architecte et un maître d'ouvrage consommateur ou non professionnel (contrat de consommation relevant du secteur libre de la construction immobilière) ; autre exemple, la vente en l'état futur d'achèvement d'un immeuble à usage d'habitation ne relève du secteur protégé des <u>articles</u> L. 261-10 et suivants du Code de la construction et de l'habitation que si et seulement si l'acheteur s'engage à verser des fonds avant l'achèvement des travaux ; si le prix est payable à terme, sans aucun dépôt de garantie en cours de travaux, cette même vente relèvera du secteur libre tout en état soumise au droit de la consommation dès lors qu'elle est conclue avec un acquéreur consommateur ou non professionnel ;

• •

des contrats sont à l'inverse conclus dans le secteur protégé sans relever pour autant du droit de la consommation : la vente d'un appartement à construire pour le compte d'une SCI – contrat du secteur protégé dès que des sommes sont versées par l'acquéreur avant l'achèvement – échappe au droit de la consommation puisqu'il a un rapport direct avec l'activité de la SCI à laquelle pourra être refusée la qualité de non professionnel (V. par exemple, n° 64).

D. - Sanctions des clauses abusives

1° Sanctions civiles

a Suppression des clauses abusives

85. – Clauses réputées non écrites – Aux termes de l'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u>, les clauses abusives sont réputées non écrites ; c'est également la sanction prévue par l'<u>article L. 231-3 du Code de la construction et de l'habitation</u> pour lesclauses interdites dans le contrat de construction de maison individuelle avec fourniture des plans (V. n° 130).

La clause est frappée de nullité partielle; le texte ne prévoit pas la possibilité pour le juge de refaire le contrat afin d'ôter à la clause son caractère abusif. Le contrat est donc maintenu et reste applicable dans toutes ses dispositions, autres que celles jugées abusives, sauf s'il ne peut subsister sans elles (<u>C. consom., art. L. 132-1, al. 8</u>); dans ce dernier cas la nullité est alors totale.

86. – Action individuelle en suppression des clauses abusives – La suppression d'une clause abusive peut d'abord résulter d'une demande individuelle du consommateur concerné, le plus souvent par voie d'exception à l'occasion d'un litige. Par exemple, un maître d'ouvrage avait assigné son constructeur en paiement de pénalités pour un retard de livraison ; le défendeur invoquait la clause de leur contrat qui prévoyait que le délai de livraison serait prorogé de plein droit de la durée des interruptions de chantier imputables aux retards de paiement du maître d'ouvrage. Pour écarter cette clause, le maître de l'ouvrage a invoqué l'interdiction formulée par l'article L. 231-3, d) du Code de la construction et de l'habitation de stipuler dans un CCMI une clause qui déchargerait le constructeur des retards de livraison consécutifs à d'autres causes que les intempéries, les cas de force majeure et les cas fortuits (Cass. 3e civ., 10 juill. 2013, inédit, n° 12-20.515 : JurisData n° 2013-014760).

87. – Actions des associations de consommateurs – Pour lutter contre l'attitude des professionnels qui profitent des clauses abusivesen pariant sur la rareté des actions individuelles des consommateurs, le titre II du livre IV du Code de la consommation habilite les associations agréées de consommateurs à exercer trois types d'action : une action dans l'intérêt collectif des consommateurs, une action en représentation conjointe et, depuis la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, une action de groupe.

88. – Intérêt collectif des consommateurs – Les actions dans l'intérêt collectif des consommateurs consistent, d'une part, à exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs (<u>C. consom., art. L. 421-2, al. 1er</u>) et, d'autre part, à agir devant la juridiction civile pour faire cesser des agissements illicites (<u>C. consom., art. L. 421-6</u>. – sur ces actions, V. G. Raymond, <u>JCl. Concurrence-Consommation, Fasc.</u>
820 : Clauses abusives, n° 79 et s.).

89. – Action civile en suppression des clauses abusives – Les associations agréées de défense des consommateurs peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs (<u>C. consom., art. L. 421-1</u>). Cette action s'exerce soit devant la juridiction pénale statuant sur l'action civile, soit devant la juridiction civile statuant sur cette action (<u>CPP, art. 3 et 4</u>).

Outre la réparation de l'atteinte directe ou indirecte à l'intérêt collectif des consommateurs, les associations peuvent « demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite » (C. consom., art. L. 421-2).

Pour demander l'application de ces mesures, les associations peuvent agir par voie d'intervention devant les juridictions civiles lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs, à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale (C. consom., art. L. 421-7).

90. – Action en cessation d'agissements illicites – L'article L. 421-6 du Code de la consommation permet aux associations agréées d'agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou pour faire interdire des agissements illicites, et demander la suppression d'uneclause abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur (sur la nature préventive de cette action, V. G. Raymond : JCl. Concurrence-Consommation , Fasc. 820 : Clauses abusives).

91. – Actions étendues aux contrats identiques conclus par le même professionnel – Depuis la loi du 17 mars 2014, ces actions en suppression des clauses abusives et en cessation d'agissements illicites ont été étendues à tous les contrats identiques conclus par le défendeur ou le prévenu avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés ; le professionne peut être condamné à en informer les consommateurs concernés à ses frais (C. consom., art. L. 421-2, al. 2 pour l'action civile et L. 421-6 al. 3 pour l'action en cessation d'agissements illicites).

À la demande des associations, le juge pourra désormais réputer non écrite une clause abusive non seulement dans le contrat objet du litige mais aussi dans tous les contrats identiques du défendeur (V. en ce sens : CJUE 26 avr. 2012, aff. C-472/10, Invitel; D. 2012. p. 1182 et 2013, p. 945, obs. E. Poillot; RTD eur. 2012, p. 666, obs. C. Aubert de Vincelles. – V. contra : Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 03-13.779 : JurisData n° 2005-026748; Bull. civ. 2005, I, n° 61; D. 2005, p. 487, obs. C. Rondey, et p. 2836, obs. S. Amrani-Mekki; RTD com. 2005, p. 825, obs. B. Bouloc).

Il s'agit d'une avancée dans les moyens offerts aux associations pour lutter contre les clauses abusives: le résultat de l'action dépassera le cadre du litige individuel pour toucher d'autres contrats conclus par d'autres consommateurs avec le même professionnel. La décision du juge pourra ainsi bénéficier à des consommateurs sans qu'ils aient besoin d'agir en justice; cet aménagement de l'autorité relative de la chose jugée doit être mis en perspective avec la reconnaissance d'une action de groupe au profit des associations de consommateurs (V. n° 97).

92. – Pouvoir du juge pénal – Aux termes de l'article L. 421-3 du Code de la consommation, lorsque le juge pénal est saisi par une association de consommateurs exerçant les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs (*C. consom., art. L. 421-1*), il peut après avoir déclaré le prévenu coupable, ajourner le prononcé de la peine en lui enjoignant, le cas échéant sous astreinte, de supprimer la clause illicite du contrat ou du type de contrat proposé.

93. – Pouvoir de la DGCCRF – La <u>loi Hamon</u> relative à la consommation du 17 mars 2014 a renforcé les moyens de la DGCCRF en matière de lutte contre les <u>clauses abusives</u> (*V. également <u>n° 98</u>*). En application de l'<u>article L. 141-1, VIII du Code de la consommation</u>, l'autorité administrative chargée de la concurrence peut désormais demander à la juridiction civile ou s'il y a lieu à la juridiction administrative d'ordonner, éventuellement sous astreinte, la suppression d'une <u>clause abusive</u> insérée par un professionnel dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ; elle peut également lui demander de déclarer que cette <u>clause</u> est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés ; le professionnel peut en outre êtrecondamné à en informer les consommateurs concernés par tous moyens appropriés.

b) Responsabilité civile

94. – De la responsabilité consécutive à la nullité – Lorsque la nullité d'une clause ou d'un contrat est le résultat d'une faute à l'origine d'un préjudice indemnisable, une action en responsabilité civile est ouverte à la victime (pour une vue générale sur cette question, V. Sébastien Pimont, La responsabilité en cas d'annulation du contrat », in « La théorie des nullités », LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2008). Si l'existence de la clause abusive a causé un préjudice au consommateur, celui-ci pourra en demander réparation sur le fondement de l'article 1382.

95. – Action des associations – Sur le fondement de l'article L. 421-1 du Code de la consommation, les associations agréées de consommateurs peuvent demander réparation du préjudice trouvant son origine dans une atteinte directe ou indirecte à l'intérêt collectif des consommateurs (Cass. crim., 3 mai 2006, n° 05-85.715 : JurisData n° 2006-033589 ; Bull. crim. 2006, n° 116). Il faut établir une faute pénale (Cass. 1re civ., 9 mars 2004, n° 01-11.296 : JurisData n° 2004-022720 ; Bull. civ. 2004, I, n° 64) ou une faute civile (Cass. 1re civ., 5 oct. 1999, n° 97-17.559 : JurisData n° 1999-003376 ; Bull. civ. 1, 1999, n° 260).

En 2005, la Cour de cassation a jugé que la stipulation de clauses abusives constituait en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs ; au visa de l'article L. 421-1 du Code de la consommation et de l'article 1382 du Code civil, elle a censuré un arrêt d'appel qui avait débouté une association de consommateurs de sa demande de dommages et intérêts, au motif que le professionnel défendeur n'avait pas pu commettre de faute en l'absence de décision préalable déclarant abusives les clauses de ses contrats (Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 02-20.633 : JurisData n° 2005-026743. Bull. civ. 2005, l, n° 65. – Sur l'indemnisation du préjudice collectif de l'association, V. G. Raymond, JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 800, préc. – C. Rocca, JCl. Civil code, art. 1382 à 1386, fasc. 115 : Droit à réparation – Conditions de la responsabilité délictuelle – Divers dommages réparables : dommages à un groupement).

96. – Action en représentation conjointe – Pour faciliter l'action individuelle des consommateurs, la <u>loi n° 92-60 du</u> 18 janvier 1992 a complété la loi 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux associations de consommateurs afin de leur ouvrir une action en représentation conjointe (sur cette action, V. J.-L. Pizzo, La <u>loi n° 92-60 du 18 janvier 1992</u> renforçant la protection des consommateurs : ALD 1992, p. 181; 6 G. Raymond, Commentaire de la <u>loi n° 92-60 du 18 janvier 1992</u>, renforçant la protection des consommateurs : JCP E 1992, I, 144. – R. Martin : JCP G 1994, I, 3756).

Cette action permet aux associations agréées, dûment mandatées par chacun des consommateurs concernés, de représenter en justice les consommateurs victimes d'un même préjudice résultant du fait du même professionnel :

Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre ler peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs (*C. consom., art. L. 422-1*).

L'action en représentation conjointe n'a pas eu les résultats escomptés ; cet échec tientnotamment au fait que les associations de consommateurs n'ont pas le droit de solliciter leur mandat par voie d'un appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée (<u>C. consom., art. L. 422-1, al. 2</u>). Il leur faut donc attendre d'être contactée par les consommateurs qui ignorent le plus souvent qu'il existe d'autres victimes du même fait dommageable.

97. – Action de groupe – Innovation de la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, l'action de groupe accordée aux associations agréées de consommateurs permet de palier l'inertie de ces derniers à exercer des actions individuelles ou à confier un mandat aux associations aux fins d'action en représentation conjointe (V. G. Raymond : JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 10 – Actualité : impacts de la <u>loi n° 2014-344 du 17 mars 2014</u> sur le droit de la consommation).

L'action de groupe ne concerne que la « réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs » (C. consom., art. L. 423-1).. Si les conditions en sont réunies, et que la stipulation d'une même clause abusive relevant des clauses interdites, a créé un préjudice patrimonial à plusieurs consommateurs qui peut être réparé, l'action groupe sera possible.

2° Sanctions administratives

a) Amende pour violation d'une injonction administrative

98. – Pouvoir d'injonction de la DGCCRF – L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation qui constate l'existence d'un agissement ou d'une clause illicite dans un contrat de consommation peut enjoindre le professionnel à le faire cesser ou à la supprimer ; la procédure doit être contradictoire et laisser au professionnel un délai raisonnable d'exécution (<u>C. consom., art. L. 141-1-VII</u>).

99. – Publicité de l'injonction – La loi relative à la consommation du 17 mars 2014 permet désormais d'assortir l'injonction administrative d'une mesure de publicité. Aux termes de l'<u>alinéa second de l'article L. 132-2 nouveau du Code de la consommation</u>:

l'injonction faite à un professionnel, en application du VII de l'article L. 141-1, tendant à ce qu'il supprime de ses contrats ou offres de contrat une ou plusieurs clauses mentionnées au premier alinéa du présent article peut faire l'objet d'une mesure de publicité, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Le décret d'application de la loi Hamon n'a pas encore paru.

100. – Violation de l'injonction : amendes administratives – Avec la loi de 2014, la force des injonctions est renforcée. La DGCCRF peut désormais prononcer des amendes administratives à l'encontre du professionnel qui n'y aurait pas déféré dans le délai imparti.

Le montant de cette amende administrative ne peut excéder (C. consom., art. L. 141-1-VII) :

• •

1 500 € pour une personne physique et 7 500 € pour une personne morale lorsque l'infraction ou le manquement ayant justifié la mesure d'injonction est sanctionné par une amende au plus égale à celle prévue pour une contravention de la cinquième classe ou par une amende administrative dont le montant est au plus égal à 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale ;

. .

3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale lorsque l'infraction ou le manquement ayant justifié la mesure d'injonction est sanctionné par une peine délictuelle ou une amende administrative dont le montant excède 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale.

Les agents habilités peuvent mettre en œuvre les mesures du présent article sur l'ensemble du territoire national.

L'amende administrative suppose une infraction ou un manquement sanctionné lui-même par une amende administrative ou une contravention de 5ème classe. Or en matière de clauses abusives, l'insertion dans un contrat de consommation d'une clause figurant sur la liste noire des clauses interdites comme abusives est désormais passible d'une amende administrative (V. <u>n° 103</u>).

101. – Mentions interdites du CCMI – Le domaine d'application de ces amendes administratives pour non-respect de l'injonction ne s'étend pas aux mentions interdites des CCMI (celles de l'article L. 231-3 du CCH, V. n° 105). Les pouvoirs d'injonction de la DGCCRF issus de l'article L. 141-1 du Code de la consommation, sont principalement limités aux infractions et manquement à ce Code ; le paragraphe II les étend bien à d'autres textes (comme ceux du Code pénal réprimant la vente forcée par correspondance, la loi du 6 juillet 1989 sur le bail d'habitation ou encore le titre II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) mais il ne mentionne pas l'article L. 231-3 du Code de la construction et de l'habitation relatif au CCMI.

102. – Impact sur les diagnostiqueurs immobiliers – L'article L. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation est en revanche visé par l'article L. 141-1 du Code de la consommation. Ainsi la violation par les diagnostiqueurs immobiliers de leurs obligations de compétence, d'assurance et d'impartialité peut donner lieu à une injonction de la DGCCRF, punie d'une amende administrative si elle n'est pas suivie d'effet. Tous les diagnostics de l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation sont visés (et notamment l'état des risques naturels et technologiques et le diagnostic de performance énergétique).

b) Amende pour stipulation d'une clause interdite comme abusive

103. – Liste noire – Aux termes de l'<u>article L. 132-2 nouveau du Code de la consommation</u> (dans sa rédaction modifiée par la <u>loi Hamon du 17 mars 2014</u>), la présence d'une clause interdite par l'article R. 132-1 dans un contrat de consommation peut désormais faire l'objet d'une sanction financière :

Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du troisième alinéa de l'article L. 132-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2.

Jusqu'alors, la DGCCRF pouvait seulement enjoindre les professionnels à supprimer les clauses relevant de la liste noire; elle pouvait aussi demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de la clause dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné aux consommateurs (<u>C. consom., art. L. 141-1, VI ancien</u>). La <u>loi Hamon</u> de 2014 n'a pas supprimé ces pouvoirs (<u>C. consom., art. L. 141-1, VII pour l'injonction et VIII pour la demande formulée au juge</u>); elle les a renforcés par la possibilité de prononcer une amende administrative.

104. – Impact sur les contrats de construction en général – Désormais les contrats de construction relevant de la législation sur lesclauses abusives qui stipuleraient des clauses relevant de la liste noire, pourront donner lieu au paiement d'une amende administrative par le constructeur, pouvant aller jusqu'à 15 000 euros pour une personne morale.

105. – Impact sur les CCMI – Les clauses interdites par l'article L. 231-3 du Code la construction et de l'habitation dans le CCMIavec fourniture de plan ne rejoignent pas nécessairement les clauses de la liste noire des clauses abusives (sur les mentions interdites dans le CCMI, V. n° 130 ; sur la liste noire des clauses abusives, V. n° 33). Seules ces dernières peuvent toutefois donner lieu à des amendes administratives. Par conséquent, les agents de la DGCCRF ne pourront prononcer ces peines à l'encontre des constructeurs de maisons individuelles qu'après avoir établi une correspondance entre les mentions interdites de l'article L. 231-3 du Code de la construction et de l'habitation et les clauses de la liste noire de l'article R. 132-1 du Code de la consommation.

3° Office du juge

106. – Pouvoir de relever d'office les dispositions du Code de la consommation – Aux termes de l'article L. 141-4, introduit dans le Code de la consommation par la loi pour le développement de la concurrence au service du consommateur (L. n° 2008-3, 3 janv. 2008):

Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.

107. – Évolution – Ce texte a mis un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui considérait que les règles du Code de la consommation, parce qu'elles formaient un ordre de public de protection, ne pouvaient pas être relevées d'office par le juge mais devaient être opposées par le consommateur au défendeur (<u>Cass. 1re civ., 15 févr. 2000, n° 98-12713</u>: <u>JurisData n° 2000-000518</u>; <u>Bull. civ. 2000, I, n° 49; <u>Contrats, conc. consom. 2000, comm. 116</u>, obs. G. Raymond; <u>JCP G. 2001, II, 10477</u>, note O. Gout; <u>RTD com. 2000, p. 705</u>, obs. B. Bouloc).</u>

La position de la Cour de justice des communautés européennes était au contraire favorable au relevé d'office. Dans son arrêt Rampion du 4 octobre 2007, elle avait répondu à une question préjudicielle que lui avait posée un tribunal d'instance français en ces termes :

S'il est vrai que, dans nombre d'États membres, les règles de procédure permettent dans de tels litiges aux particuliers de se défendre euxmêmes, il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée. Il s'ensuit qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause (CJCE, Rampion, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, point 59: <u>JurisData n° 2007-009324</u>; D. 2008, p. 458, note H. Claret; Contrats, conc. consom. 2008, comm. 310, obs. G. Raymond; Gaz. Pal. 12/13 déc. 2007, note G. Poissonnier et J.-P. Tricoire; <u>JCP G 2008</u>, II, 10031, note G. Paisant; RTD com. 2008, p. 403, obs. D. Legeais).

108. – Obligation d'écarter d'office une clause abusive – La <u>loi Hamon du 17 mars 2014</u> est allée plus loin en introduisant à l'<u>article L. 141-4 du Code de la consommation</u> un second alinéa :

[Le juge] écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat.

Une obligation est ainsi faite au juge d'écarter des débats une clause abusive. Le texte met le droit français en harmonie avec la jurisprudence européenne selon laquelle le juge national doit examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, dans la mesure où il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires (CJCE, 4 juin 2009, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gyorfi, aff. C-243/08: JurisData n° 2009-007422; LEDC sept. 2009, p. 6, obs. G. Guerlin; Rev. Lamy dr. civ. 2009, n° 63, p. 13, obs. V. Maugeri; D. 2009, p. 2312, note G. Poissonnier; Procédures 2009, comm. 8, obs. C. Nourissat; Europe 2009, comm. 8, obs. V. Michel et M. Meister; JCP G 2009, 369, n° 13, obs. Y.-M. Serinet; JCP E 2009, 1970, note L. Raschel; RDC 2010, n° 1, p. 59, note O. Deshayes. – Adde CJCE 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98; JCP G 2001, II, 10513, obs. M. Carballo Fidalgo et G. Paisant). On songe particulièrement aux clauses interdites comme abusives par la liste noire de l'article R. 132-1: découvrant une telle clause, le juge doit l'écarter d'office, dans le respect du principe du contradictoire (adde. G. Raymond, Caractère abusif d'une clause contractuelle et office du juge: Contrats, conc. consom. 2013, comm. 142, à propos de CJUE, 21 févr. 2013, aff. C-472/11, Banif Plus Bank Zrt c/ Csaba Csipai: le juge national, qui a constaté d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, n'est pas tenu d'attendre que le consommateur présente une déclaration demandant que ladite clause soit annulée, mais il doit respecter le principe du contradictoire ettenir compte de toutes les clauses du contrat).

109. – Soumission des contrats réglementés au contrôle des clauses abusives ? – Le Code de la construction et de l'habitation réglemente les contrats de construction immobilière du secteur protégé : contrat de promotion immobilière, contrat de construction de maison individuelle, vente d'immeuble à construire vente d'immeuble à rénover. Pour varier dans le détail de ses dispositions, la réglementation spéciale de chacun de ces contrats poursuit un objectif commun qui est la protection des maîtres ou acquéreurs de logement. Le degré de protection varie cependant et a augmenté dans les réglementations modernes. Il suffit de comparer le régime de la vente d'immeuble à rénover (2006) avec celui de la vente d'immeuble à construire (1967), même si des améliorations ont été récemment apportées à cette dernière pour sécuriser la situation de l'acquéreur sur plans (on songe à la suppression de la garantie intrinsèque par l'ordonnance n° 2013-890 du 3 octobre 2013 : CCH, nouvel art. L. 261-10-1. – sur cette question, V. H. Périnet-Marquet, La fin de la garantie intrinsèque : Constr.-Urb. 2013, repère 10).

110. – Aucune modification du Code de la construction et de l'habitation n'a accompagné les réformes de 1995 et 2008 relatives auxclauses abusives (V. <u>n° 15</u>); la compatibilité des contrats de construction avec le droit de la consommation avait pourtant été soulevée, celle du contrat préliminaire de réservation des ventes d'immeubles à construire essentiellement (J.-G. Raffray, Feu le contrat préliminaire ? : <u>JCP N 1997, p. 563</u>. – P.-J. Meyssan et D. Radot, Faut-il rénover le contrat préliminaire de vente en l'état futur d'achèvement ? : JCP N 2003, étude 1240).

111. – Les mentions obligatoires de ces contrats – particulièrement celles de la vente d'immeuble à construire et du contrat préliminaire de réservation qui sont antérieures au développement du droit de la consommation – peuvent-elle faire l'objet d'un contrôle sous l'angle des clauses abusives ? Autrement dit, les contrats de construction qui reprennent ces prescriptions légales ou réglementaires sont-ils susceptibles d'être amputés de celles de ces mentions incompatibles avec le droit de la consommation, ce qui reviendrait à écarter des dispositions du Code de la construction et de l'habitation (V. J.-G. Raffray, Feu le contrat préliminaire ? préc. – P.-J. Meyssan et D. Radot, Faut-il rénover le contrat préliminaire de vente en l'état futur d'achèvement ?, préc. qui posent la question : « clause abusive ou législation abusive ? »).

112. – Une raison de répondre par l'affirmative se trouve dans la définition même des clauses abusives. L'article 1er paragraphe 2 de la directive 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les

les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives [...] ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive.

La définition des clauses abusives dans l'article L. 132-1 ne reprend pas cette disposition européenne : ce peut être un argument en faveur d'un contrôle des clauses abusives dans la réglementation même des contrats du Code de la construction et de l'habitation.

consommateurs, n'a pas été repris par la loi de transposition de 1995. Il dispose que :

Dans son rapport pour l'année 1978, la Commission des clauses abusives avait d'ailleurs précisé que la loi devait s'appliquer aux contrats déjà réglementés par les pouvoirs publics : « Les contrats réglementés, ou dont la rédaction est conforme à des modèles types homologués par les pouvoirs publics, sont donc soumis aux dispositions de la loi. Il a été estimé, en effet, que ce n'est pas parce qu'un contrat était approuvé par l'autorité publique que par là même, et automatiquement, il devrait échapper à son domaine d'application, sauf, bien entendu, dérogations expresses prévues par des textes particuliers » (Rapp. : BOSP 13 juin 1979, p. 172).

113. – Des arguments peuvent cependant appuyer la position inverse. Si des clauses reproduisant des dispositions législatives du Code de la construction étaient réputées non écrites au motif qu'elles correspondent aux listes réglementaires des clauses abusives du Code de la consommation, le juge bouleverserait la hiérarchie des normes. L'observation ne vaut cependant plus si le fondement du contrôle est directement l'article L. 132-1 du Code de la consommation ; c'est alors un conflit de lois qu'il faut résoudre avec toute la difficulté qu'il y a pour appliquer l'adage specialia generalibus derogant à deux législations spéciales.

114. – Appréciation – Le problème se pose surtout pour le contrat préliminaire de réservation dont le modèle légal est plutôt favorable au promoteur (V. <u>n° 162</u>). Mais la pratique recourt finalement assez rarement à ce modèle légal, les promoteurs préférant proposer un modèle de contrat préliminaire plus rassurant pour les réservataires : les contrats de réservation comportent souvent une obligation de vendre, et non seulement de réserver, en contrepartie du versement d'un dépôt de garantie. Les droits et les obligations des parties sont alors mieux équilibrés. Ces modèles améliorés de contrat de réservation sont valables du moment que leur *instrumentum* specte les mentions obligatoires des <u>articles</u> <u>L. 261-15 et R. 261-25 et suivants du Code de la construction et de l'habitation</u>.

La loi pourrait généraliser la pratique et réformer le contrat préliminaire de réservation de manière à supprimer les dispositions peu compatibles avec le droit de la consommation. On peut penser que l'évolution ira dans ce sens-là. D'ailleurs ce vieux contrat n'a pas inspiré les rédacteurs de la <u>loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006</u> relatives à l'avant-contrat de vente d'immeuble à rénover qui a été conçu comme une véritable promesse de vente (<u>CCH, art. L. 262-9</u>).

115. – Norme AFNOR – La norme AFNOR P03-001 portant cahier des clauses administratives générales applicables aux travaux de bâtiment faisant l'objet d'un marché privé, peut-elle contenir des clauses abusives ? La cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 13 novembre 2013, ne l'a pas pensé :

La résiliation du marché de travaux prévu par l'article 22.2.1 de la norme AFNOR NFP 03-001 en cas de décès du maître de l'ouvrage s'opère de plein droit et n'a pas lieu d'être prononcée par le juge. La norme AFNOR a force obligatoire entre les parties dès lors qu'elle est spécialement visée au CCAG. Par sa nature de norme, elle échappe au domaine d'application des dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation relatives aux clauses abusives (CA Versailles, 14e ch., 13 nov. 2013, n° 12/08848, SARL Micha Coordination Construction c/ G. B. : JurisData n° 2013-026127; Constr.-Urb. 2014, comm. 32, par Ch. Sizaire; RD imm. 2014, p. 210).

116. – Si la solution se maintenait, un raisonnement *a fortiori* conduirait à faire échapper les contrats réglementés par le Code de la construction et de l'habitation au contrôle des clauses abusives. Toutefois la position de la cour d'appel de Versailles se heurte à une solution de la Cour de cassation qui empêche la norme AFNOR de déroger aux dispositions légales impératives (<u>Cass. 3e civ., 11 mai 2006, n° 04-18092</u> : <u>JurisData n° 2006-033528</u> ; <u>Bull. civ. 2006, III, n° 118. – <u>Cass. 3e civ., 24 mars 2009, n° 08-12.768</u> : <u>JurisData n° 2009-047583</u>).</u>

117. – Jurisprudence – Dans le doute, la vigilance est de mise pour rédiger des contrats de construction conformes au droit desclauses abusives. Une cour d'appel a déjà jugé que l'application de l'article 1794 du Code civil (qui exige que l'entrepreneur dont le contrat est résilié soit indemnisé par le maître de l'ouvrage) créait un déséquilibre significatif au profit du constructeur, dès lors qu'une indemnité n'était pas contractuellement prévue réciproquement au bénéfice du maître de l'ouvrage qui subirait une résiliation du contrat (<u>CA Pau, 1re ch., 21 juin 2000, RG n° 96/003084</u> : <u>JurisData n° 2000-122434</u>. – sur cet arrêt, V. n° 146).

118. – Utilité du droit de la consommation dans le secteur protégé – Dans certaines hypothèses, le bénéfice du Code de la consommation n'apporte rien de plus à l'accédant au logement. Par exemple, le formalisme imposé par le Code de la construction dans les contrats du secteur protégé suffit à l'information de l'accédant et les listes de mentions interdites (CCH, art. L. 231-3 pour le CCMI etL. 261-16 pour la VEFA) diminuent, sans la supprimer, l'utilité de la protection contre les clauses abusives.

Mais la plupart du temps, la qualité de consommateur de logement est un plus. En cas de recours à un prêt par exemple, le maître d'ouvrage ou l'acquéreur consommateur bénéficie du régime des prêts immobiliers des <u>articles L. 312-1 et suivants</u> du Code de la consommation si les conditions sont réunies. Le contrat de vente ou de construction est alors soumis à la condition suspensive légale d'obtention du crédit (<u>C. consom., art. L. 312-16</u>) et l'offre de prêt est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion dans les quatre mois de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé (<u>C. consom., art. L. 312-13</u>).

119. – Utilité de la réglementation des clauses abusives – L'éventail des clauses abusives susceptibles de figurer dans les contrats de construction est beaucoup plus large que les clauses que le Code de la construction interdit (CCH, art. L. 231-3 pour le CCMI ou L. 261-16 pour la VEFA). Lorsque les contrats de construction sont des contrats de consommation au sens de la législation contre lesclauses abusives, les articles L. 132-1 et suivants et R. 132-1 et suivants du Code de la consommation pourront justifier la suppression de clauses non interdites par le Code de la construction. Ce recours au Code de la consommation est évidemment inutile lorsque la clauseest déjà déclarée illicite par le droit de la construction. 120. – La nomenclature des clauses abusives des contrats de construction comprend des clauses interdites par le droit de la construction (A) et des clauses déclarées abusives par les cours et tribunaux (B). On peut y inclure également, pour attirer l'attention des rédacteurs de contrats, des clauses potentiellement abusives qu'il conviendrait d'équilibrer pour éviter le risque de nullité (C).

A. - Clauses interdites

121. – Définition des clauses abusives. Rappel – Est abusive la clause qui crée, au profit du professionnel et au détriment du consommateur ou non professionnel, un déséquilibre significatif entre leurs droits et leurs obligations (<u>C. consom., art. L. 132-1</u>).

Il existe trois catégories de clauses abusives au regard de la tâche probatoire des parties :

les clauses de la liste noire de l'article R. 132-1, interdites comme abusives (V. <u>n° 33</u>) ;

les clauses de la liste grise de l'article R. 132-2, présumées abusives à charge pour les professionnel de prouver qu'elles n'ont pas les caractères d'une clause abusive au sens de l'article L. 132-1 (V. n° 34);

les clauses hors listes dont le caractère abusif doit être établi conformément à la définition de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (V. n° 35).

122. — Croisement du droit de la construction et du droit de la consommation — Les règles du droit de la construction ont essentiellement pour objet de protéger le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage contre les deux risques majeurs de la construction immobilière : le risque d'inachèvement de l'ouvrage et le risque de désordres de construction. Ces risques sont d'autant plus grands que les contrats de construction sont souvent — et particulièrement dans le secteur protégé — des contrats d'adhésion conclus par des professionnels qui en sont les rédacteurs. C'est pourquoi dans le secteur protégé du logement, les contrats de construction font l'objet d'un formalisme impératif ordonné autour de mentions obligatoires et de mentions interdites. Ce formalisme n'a souvent d'autre but que d'éviter un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Aussi n'est-il pas surprenant de constater que certainesclauses interdites par le droit de la construction sont également abusives au sens du droit de la consommation.

$\mathbf{1}^{\mathbf{o}}$ Clauses interdites dans tous les contrats de construction

123. – Impérativité des garanties légales – Aux termes de l'<u>article 1792-5 du Code civil</u>, reproduit à l'<u>article L. 111-18 du</u> Code de la construction <u>et</u> de l'habitation :

Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite.

L'article 1792-5 est applicable à tous les contrats de construction immobilière, sans égard pour l'usage professionnel ou d'habitation de l'ouvrage. Les contrats de construction du secteur libre comme du secteur protégé sont tous concernés dans la mesure où ils emportent les garanties visées. Sont interdites à la fois les clauses qui excluent les garanties décennale, biennale et de parfait achèvement et celles qui en limitent seulement la portée.

124. — Garantie bienno-décennale — L'article 1792-5 répute non écrite toute clause qui aurait pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la garantie décennale (<u>C. civ., art. 1792 et 1792-2</u>) et la garantie biennale de bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables (<u>C. civ., art. 1792-3</u>). L'ensemble des constructeurs ou réputés constructeurs sont concernés par l'interdiction puisque tous doivent ces garanties :

architecte, entrepreneur, technicien et toutes les personnes ayant conclu un louage d'ouvrage avec le maître de l'ouvrage, dont le constructeur de maison individuelle (C. civ., art. 1792-1);

vendeur après achèvement d'un ouvrage qu'il a construit ou fait construire, dont le promoteur immobilier commercialisant un programme clefs en mains (C. civ., art. 1792-1);

promoteur immobilier mandataire (<u>C. civ., art. 1831-1</u>) ou vendeur d'immeuble à construire (<u>C. civ., art. 1646-1</u>);

vendeur d'immeuble à rénover si les travaux emportent la réalisation d'un ouvrage de construction immobilière (<u>CCH, art. L. 262-2, al. 3</u>);

• •

fabricant d'EPERS solidairement tenu aux garanties décennale et biennale avec l'entrepreneur qui a installé l'ouvrage ou l'élément fabriqué (C. civ., art. 1792-4).

125. – Garantie de parfait achèvement – Le domaine d'application de la garantie de parfait achèvement est limité aux contrats d'entreprise portant sur un ouvrage de construction immobilière (<u>C. civ. art. 1792-6</u>). Historiquement cette garantie n'était pas visée par l'article 1792-5 ; mais à la suite de la recommandation n° 81-02 de la Commission des clauses abusives concernant les contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture des plans BOCC 16 janv. 1981), la loi du 19 décembre 1990 a modifié l'article 1792-5 pour inclure la garantie de parfait achèvement dans le champ de l'interdiction. Le § 15 recommandait que soient supprimées de ces contrats les clauses ayant pour objet ou pour effet « de réduire les garanties dues par le professionnel en vertu des articles 1792 et suivants du Code civil », ce qui incluait l'article 1792-6 relatif à la garantie de parfait achèvement.

126. – La solution n'a pas toujours été celle d'une prohibition générale des clauses aménageant les garanties des constructeurs. Sous l'empire de la législation de 1967, la Cour de cassation opérait une distinction entre les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité : les premières étaient valables dans la limite du dol ou de la faute lourde du constructeur ; les clauses élusives de garantie étaient en revanche toujours proscrites puisqu'elles avaient vocation à supprimer une garantie d'ordre public. Le constructeur pouvait donc réduire contractuellement le délai de sa garantie décennale du moment qu'elle conservait une utilité pour le maître de l'ouvrage. La Cour de cassation avait ainsi annulé une clause réduisant le délai de 10 ans à 6 mois (Cass. 3e civ., 11 janv. 1984 : RD imm. 1984, p. 191. – adde Cass. 3e civ., 20 juin 1990, n° 89-13.390 : JurisData n° 1990-701836 ; Bull. civ. 1990, III, n° 150 : l'application de la clauselimitative de la garantie à deux ans invoquée aurait abouti à priver le maître de l'ouvrage de la garantie légale pour les désordres les plus graves).

127. – Droit commun de la prescription – L'article 2254 du Code civil permet d'aménager la prescription par convention :

La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans (al. 1).

L'alinéa deux ajoute :

Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la

L'article 2220 du Code civil précise que les textes régissant la prescription ne sont pas applicables, sauf dispositions spéciales, aux délais de forclusion ; par conséquent, la portée de l'article 1792-5 n'est pas modifiée par l'article 2254 qui ne concerne pas les délais de forclusion des garanties légales des constructeurs (l'expression « délai de forclusion » est régulièrement utilisée en jurisprudence, V. par ex. Cass. 3e civ., 23 oct. 2002, n° 01-00206 : Bull. civ. 2002, III, n° 176. – Cass. 3e civ., 8 sept. 2009, n° 08-17.336: Bull. civ. 2009, III, n° 179. – Cass. 3e civ., 4 nov. 2004: Bull. civ. 2004, III, n° 186; RD imm. 2005. 61, obs. Ph. Malinvaud, jugeant que le principe selon lequel l'exception est perpétuelle ne s'applique pas au délai de garantie biennale qui est un délai de forclusion et non de prescription).

128. – Clauses extensives de garantie – L'impérativité des garanties spécifiques des constructeurs joue seulement a minima etl'article 1792-5 du Code civil n'interdit pas les clauses extensives de garantie (V. cependant CA Toulouse, 1re ch., 17 déc. 1990 : <u>JurisData n° 1990-048561</u> ; RD imm. 1991, p. 351 et comm. Ph. Malinvaud et B. Boubli, jugeant que la garantie décennale étant d'ordre public, son délai ne peut être prolongé dans le temps en reportant contractuellement le point de départ à une date postérieure à la réception des travaux). D'ailleurs la garantie de bon fonctionnement a une durée minimum de deux années (<u>C. civ., art. 1792-3</u>).

129. – Clause limitant ou supprimant le droit à réparation – Les clauses exonératoires ou limitatives des garanties légales reviennent à exclure ou limiter la réparation des désordres de construction, ce qui est interdit comme abusif par l'article R. 132-1, 6° du Code de la consommation ; ce texte place dans la liste noire des clauses abusives celles qui ont pour objet ou pour effet de "supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations".

L'article 1792-5 du Code civil reste néanmoins utile car son domaine d'application est plus large que celui de l'article R. 132-1 du Code de la consommation. D'abord, il n'est pas limité aux rapports de consommation et régit également les contrats passés entre professionnels de la construction immobilière. Ensuite, l'article R. 132-1, 6° du Code de la consommation vise les clauses limitant ou supprimant le droit à réparation du préjudice né d'un manquement contractuel ; il s'occupe donc des clauses relatives à la responsabilité contractuelle, laquelle est effectivement fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle. Son application aux garanties légales pourrait être discutée car la mise en œuvre de ces dernières est absolument indépendante d'un manquement contractuel du débiteur garant.

130. – Bien que l'article L. 231-3 du Code de la construction et de l'habitation interdise ces clauses sans les déclarer expressémentabusives, ce sont des stipulations qui créent un déséquilibre significatif au profit du constructeur et au détriment du maître de l'ouvrage (V. J. Hugot et D. Sizaire: <u>JCl. Construction-Urbanisme, Fasc. 215-3</u>). Bon nombre d'entre elles sont d'ailleurs la reprise de recommandations de la Commission des clauses abusives.

Deux recommandations relatives au CCMI avaient été publiées en 1980 (n° 81-01, 18 nov. 1980 : BOCC 16 janv. 1981) et 1990 (n° 91-03, 22 juin 1990 : BOCC 6 sept. 1991), auxquelles il convient d'ajouter la recommandation n° 88-01 concernant les clauses relatives aux prêts dans les contrats d'accession à la propriété immobilière (BOCC 30 juin 1988). Pour en tenir compte, la Commission des affaires économiques et du plan du Sénat avait décidé d'interdire les abus les plus fréquents et les plus graves dans le CCMI avec fourniture de plan, dans le cadre de la réforme opérée par la loi du 19 décembre 1990(Rapp. n° 480 de M. Robert Laucournet).

Aux six clauses réputées non écrites par l'article L. 231-3, il convient d'ajouter une septième interdite par l'article L. 231-7 du Code de la construction et de l'habitation.

131. – Mandat de recherche du prêt – Le CCMI ne peut :

obliger le maître de l'ouvrage à donner mandat au constructeur pour rechercher le ou les prêts nécessaires au financement de la construction sans que ce mandat soit exprès et comporte toutes les précisions utiles sur les conditions de ce ou ces prêts.

L'interdiction rend effective la protection de l'emprunteur immobilier organisée par les <u>articles L. 312-15 et s. du Code de la consommation</u> (art. codifiant la <u>loi Scrivener n° 79-596, 13 juill. 1979</u>). La clause visée pourrait permettre au constructeur de rechercher des financements à n'importe quelles conditions, au risque de contraindre le maître de l'ouvrage à financer son contrat par un prêt très désavantageux. L'article L. 231-3 a) du Code de la construction et de l'habitation reprend la recommandation 88-01 concernant les clauses relatives aux prêts dans les contrats d'accession à la propriété immobilière, qui stigmatisait les clauses ayant pour objet ou pour effet de « de donner mandat au professionnel de rechercher des prêts sans que ce mandat soit exprès et comporte toutes les précisions utiles sur les conditions du prêt ».

132. – Dépôt de garantie – Aux termes du b) de l'<u>article L. 231-3 du Code de la construction et de l'habitation</u>, sont interdites lesclauses subordonnant :

le remboursement du dépôt de garantie à l'obligation, pour le maître de l'ouvrage, de justifier du refus de plusieurs demandes de prêt.

Le constructeur peut demander qu'un dépôt de garantie soit consigné par le maître de l'ouvrage ; ce dépôt doit lui être restitué immédiatement et intégralement si le contrat échoue en raison de la défaillance d'une condition suspensive ou s'il exerce la faculté de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation (CCH, art. L. 231-4 III). L'interdiction de subordonner la restitution du dépôt de garantie au refus de plusieurs demandes prêt de est conforme à la recommandation précitée n° 88-01.

133. – Permis de construire – Est interdite la clause qui aurait pour objet ou pour effet :

d'admettre comme valant autorisation administrative un permis de construire assorti de prescriptions techniques ou architecturales telles qu'elles entraînent une modification substantielle du projet ayant donné lieu à la conclusion du contrat initial (CCH, L. 231-3, c).

La Commission en avait recommandé la suppression, considérant qu'une telle clause mettait en échec la protection prévue par la loi prévoyant que « le contrat est conclu sous la condition suspensive qu'il soit satisfait à toutes les formalités réglementaires préalables à la construction » (recommandation n° 91-03 ; considérant aussi que les modifications demandées par l'administration pouvaient parfois entraîner une augmentation de prix et contraindre l'accédant à renoncer à son projet. La disposition finalement reprise dans l'article L. 231-3 instaure un équilibre entre les abus possibles, puisque l'interdiction ne vise que les prescriptions entraînant une « modification substantielle du projet ».

134. – Retard de livraison – Reprenant exactement le 11° de la recommandation n° 81-02, l'article L. 231-3 d) du Code de la construction et de l'habitation répute non écrite les clauses destinées à :

décharger le constructeur de son obligation d'exécuter les travaux dans les délais prévus par le contrat en prévoyant notamment des causes légitimes de retard autres que les intempéries, les cas de force majeure et les cas fortuits.

Il s'agit d'éradiquer le déséquilibre résultant de la stipulation de délais de livraison très souples au profit du constructeur en parallèle à des délais de paiement de rigueur pour le maître d'ouvrage.

La Cour de cassation veille cependant à ce qu'un équilibre soit trouvé entre l'interdiction des clauses ayant pour effet de décharger le constructeur de son obligation d'exécuter les travaux dans les délais convenus et la considération que le retard de livraison peut être imputable au maître de l'ouvrage : si c'est bien le cas, une cour d'appel peut tout à la fois réputer la clause non écrite et accorder au maître un dédommagement seulement partiel (<u>Cass. 3e civ., 12 oct. 2005, n° 04-16592</u> : <u>JurisData n° 2005-030192</u> ; <u>Bull. civ. 2005, III, n° 190</u>). Les juges du fond doivent cependant relever des motifs propres à établir l'imputabilité du retard de livraison au maître de l'ouvrage (<u>Cass. 3e civ. 10 juill. 2013, n° 12-20.515</u>, inédit : <u>JurisData n° 2013-014760</u> : cet arrêt est relatif à une clause stipulant que le « délai de la construction est prorogé de plein droit de la durée des interruptions de chantier imputables aux maîtres de l'ouvrage notamment celles provoquées par les retards de paiement »).

135. – Remise des clefs contre paiement du solde – Sont interdites par le e) de l'article L. 231-3 les clauses qui ont pour objet ou pour effet :

de subordonner la remise des clefs au paiement intégral du prix faisant ainsi obstacle au droit du maître de l'ouvrage de consigner les sommes restant dues lorsque des réserves sont faites à de la réception des travaux.

L'interdiction est également inspirée de la recommandation n° 81-02 (14°). La Commission considérait que « ces clauses pèsent de manière excessive sur la volonté du consommateur qui, pressé de prendre possession, accepte bien souvent de signer une réception sans réserves qui ne correspond ni à sa volonté ni à la réalité ».

De telles clauses obligent en définitive le maître de l'ouvrage à prononcer une réception sans réserve pour obtenir les clefs de sa maison ; or une telle réception purge la maison de tous les défauts alors apparents et interdit ensuite au maître de l'ouvrage d'engager une action en responsabilité ou en garantie contre le constructeur. La clause a finalement pour effet de conditionner la remise des clefs à une décharge du constructeur pour les désordres apparents non réservés ; à l'évidence, cela entraîne un déséquilibre très significatif au profit du constructeur.

136. – Visites de chantier – La dernière clause prohibée par l'article L. 231-3 est celle qui viserait à :

interdire au maître de l'ouvrage la possibilité de visiter le chantier, préalablement à chaque échéance des paiements et à la réception des travaux.

Dans le CCMI, comme dans les autres contrats du secteur protégé, l'échéancier des versements des fractions du prix est fonction de l'avancement du chantier. La loi interdit donc ce genre de stipulation qui autorise le constructeur à appeler des versements sans permettre au maître de l'ouvrage de vérifier leur exigibilité.

137. – Mandat de percevoir le prêt – Aux termes de l'article L. 231-7, Il du Code de la construction et de l'habitation :

Est réputé non écrit tout mandat donné par le maître de l'ouvrage au constructeur ou à un de ses préposés aux fins de percevoir tout ou partie du prêt destiné au financement de la construction.

La clause peut être rapprochée de celle interdisant au maitre de l'ouvrage de visiter le chantier avant chaque échéance de prix. Si mandat est donné au constructeur de percevoir le prêt finançant la construction, alors le maître de l'ouvrage n'a plus de regard sur l'exigibilité des versements en fonction de l'avancement réel du chantier. C'est pourquoi le § III du même texte dispose que « les paiements intervenant aux différents stades de la construction peuvent être effectués directement par le prêteur, sous réserve de l'accord écrit du maître de l'ouvrage à chaque échéance et de l'information du garant » et, qu'« à défaut d'accord écrit du maître de l'ouvrage à chaque échéance, le prêteur est responsable des conséquences préjudiciables des paiements qu'il effectue aux différents stades de la construction. »

138. – CCMI sans fourniture des plans – La loi n'a pas prévu d'équivalent à l'article L. 231-3 pour le CCMI sans fourniture des plans (CCH, art. L. 232-1 et s.). Aucune clause n'est a priori interdite dans ce modèle de contrat. Cependant lorsque ce contrat est conclu avec un maître d'ouvrage non professionnel ou consommateur – ce qui est le cas le plus fréquent – il tombe sous le coup de la réglementation contre les clauses abusives du Code de la consommation. Les mentions énumérées à l'article L. 231-3 pour le CCMI avec plan peuvent alors, par application du droit des clauses abusives, être réputées non écrites dans le CCMI sans plan.

Le recours au droit commun des clauses abusives oblige cependant le maître de l'ouvrage à démontrer l'illicéité de la clause ; un raisonnement par analogie (la clause est interdite dans le CCMI avec fourniture des plans) facilitera sans doute la preuve de leur caractère abusif sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Mais les mentions interdites par l'article L. 231-3 du Code de la construction et de l'habitation ne figurent pas dans la liste noire des clauses abusives. Toutes ne rejoignent pas non plus lesclauses de la liste grise, mise à part celle relative à la conservation par le constructeur du dépôt de garantie (CCH, art. L. 231-3, b) qui pourrait être vue comme une clause ayant

pour objet ou pour effet d'« autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce » (CCH, art. R. 132-2, 2°).

3° Clauses interdites dans les ventes d'immeubles à construire du secteur protégé

139. – Le texte – L'article L. 261-16 du Code de la construction et de l'habitation dispose :

Toute clause contraire aux dispositions des articles L. 261-11 à L. 261-15 du présent code et à celles des articles 1642-1 et 1646-1 du Code civil, reproduits aux articles L. 261-5 et L. 261-6 du présent code, est réputée non écrite.

140. – Clauses contraires au statut impératif du secteur protégé – Les dispositions des <u>articles L. 261-11 à L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation</u>, premières visées par l'interdiction, sont relatives au statut impératif des ventes d'immeuble à construire conclues dans le secteur protégé, dont le domaine d'application est dessiné à l'article L. 261-10 (D. Sizaire : <u>JCl. Construction-Urbanisme, Fasc. 83-10</u>, Vente d'immeuble à construire, secteur protégé, domaine d'application). Il est impossible de déroger par convention :

• •

au contenu obligatoire du contrat (CCH, art. L. 261-11);

• •

aux modalités de révision du prix fixées par l'article L. 261-11-1 du Code de la construction et de l'habitation;

• •

à l'interdiction faite au vendeur d'exiger ou d'accepter aucun versement, aucun dépôt, aucune souscription ou acceptation d'effets de commerce avant la signature du contrat, ni avant la date à laquelle la créance est exigible (<u>CCH, art. L. 261-12</u>);

• •

à l'article L. 261-13 disposant que les clauses de résolution de plein droit concernant les obligations financières de l'acquéreur ne produisent effet qu'un mois après la date de la sommation ou du commandement de payer demeuré infructueux ; une disposition identique existe pour le contrat de promotion immobilière du secteur protégé (*CCH*, art. L. 222-4) ;

• •

au plafond de 10 % du prix limitant le montant de la pénalité forfaitaire due en cas de résolution par la partie à laquelle elle est imputable (<u>CCH, art. L. 261-14</u>);

• •

enfin, à l'article L. 261-15 qui fixe le contenu du contrat préliminaire de réservation et régit le dépôt de garantie.

141. – Les clauses interdites ici ne répondent pas nécessairement à la définition de la clause abusive telle qu'elle figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Une clause qui déroge au contenu obligatoire des ventes d'immeubles à constuire n'entraîne pas forcément un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 132-1. Tout dépend du type de mention écartée. Par exemple, une clause qui écarterait l'obligation de préciser la description de l'immeuble vendu (CCH, art. L. 261-11) correspondrait sans doute à l'hypothèse prévue au 4° de l'article R. 132-1 du Code la consommation interdisant la clause qui accorde "au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services à rendre sont conformes ou non aux stipulations du contrat".

En tout état de cause, la prohibition formulée à l'<u>article L. 261-16 du Code de la construction et de l'habitation</u> dispense l'acquéreur de construire son argumentation sur le régime des clauses abusives et d'avoir à répondre aux questions qui s'en suivraient (la clausecorrespond-elle à l'une des clauses de la liste noire ? de la liste grise ? est-elle hors liste ? auquel cas il faudra établir le déséquilibre significatif conformément à la définition de l'article L. 132-1).

142. – Clauses contraires aux textes régissant les garanties du vendeur – La vente d'immeuble à construire charge le vendeur de deux garanties dérogatoires au droit commun de la vente : d'une part il garantit les vices et défauts de conformité apparents dans les conditions de l'article 1642-1 du Code civil (reproduit à l'art. L. 261-5 du CCH) ; d'autre part, l'article 1646-1 le charge des garanties décennale et biennale des constructeurs immobiliers (CCH, art. L. 261-6).

143. – L'article L. 261-16 du Code de la construction et de l'habitation répute non écrites les clauses contraires aux textes organisant ces garanties. Ce texte était inutile pour la garantie décennale et la garantie biennale : puisque l'article 1646-1 du Code civil charge le vendeur d'immeuble à construire des obligations dont sont tenus les constructeurs en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et1792-3 du même code, la vente d'immeuble à construire est donc soumise (y compris dans le secteur libre) à l'article 1792-5 réputant non écrites les clauses supprimant ou limitant les garanties légales des constructeurs immobiliers (sur ce texte, V. n° 123).

Son utilité interroge aussi s'agissant de la garantie des vices et défauts de conformité apparents, sauf à considérer que l'article 1642-1 du Code civil qui autorise le vendeur à se décharger de sa garantie à certaines conditions, n'est pas d'ordre public.

B. - Clauses contrôlées par les juges

1° Clauses déclarées abusives

144. – Contrat de construction de maison individuelle – Un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 17 mars 1997(CA Grenoble, 2e ch. civ., RG n° 3930-95, SA Isère Construction Maison mikit c/ UFC 38 : Dictionnaire permanent de Droit des Affaires, V° Clausesabusives, n° 31) a considéré comme abusives trois types de clauses :

• •

celle qui limite l'accord des parties au montant du prêt pour estimer que la condition suspensive est réalisée : il eût fallu que l'accord des parties porte aussi sur la durée et le taux du prêt pour que la clause soit valable ;

• •

celle permettant au constructeur en cas de retard de paiement supérieur à 20 jours de l'appel de fonds et après mise en demeure de sa part, de stopper le chantier : « attendu que cette clause aggrave ainsi la disparité économique déjà existante entre les parties etqu'elle doit être déclarée abusive » dans la mesure où elle interdit au maître de l'ouvrage le jeu de l'exception d'inexécution pour critiquer utilement une éventuelle malfaçon ou une non-conformité des travaux aux documents contractuels et l'oblige à recourir à la justice ;

• •

celle excluant les pénalités de retard pour des défauts de conformité avec le contrat qui n'auraient pas un caractère substantiel ou pour des malfaçons qui ne rendraient pas les ouvrages impropres à leur destination : l'objectif d'une telle clause est de « priver le maître de l'ouvrage de tout moyen de pression à [l'encontre du constructeur] en cas de non-respect contractuel de sa part ».

145. – Clause d'un bon de commande – A été jugée abusive la clause figurant sur le bon de commande de travaux de rénovation du toit d'un immeuble qui prévoyait que la commande ne serait définitivement conclue qu'après acceptation de l'entrepreneur alors qu'un « bon pour commande » avait été apposé par le maître de l'ouvrage sur le devis :

cette clause doit être considérée comme étant abusive dès lors qu'elle prévoit un engagement définitif du consommateur – ici le maître de l'ouvrage – alors que le professionnel, pourtant à l'initiative de l'offre, garde le pouvoir exorbitant de revenir sur cette offre » (TGI Épinal, 2e sect. civ., 2 déc. 2004, RG n° 03/02078).

La clause relève aujourd'hui de la liste grise de l'article R. 132-2, dont le 2° interdit les stipulations qui aboutiraient à obtenir "un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté".

146. – Marché forfait : 1794 sans réciprocité – L'article 1794 du Code civil offre au maître de l'ouvrage d'un marché à forfait une faculté discrétionnaire de résiliation unilatérale :

Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

En application de ce texte, les parties peuvent convenir qu'une indemnité de dédit, sous forme de pourcentage du prix, sera versée à l'entrepreneur en cas d'usage par le maître de sa faculté légale de résiliation.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Pau (CA Pau, 1re ch., 21 juin 2000, RG n° 96/003084 : <u>JurisData</u> n° 2000-122434), un contrat de réhabilitation complète de deux appartements contenait la clause suivante :

la « résiliation du marché à l'initiative du maître de l'ouvrage donnera lieu à indemnisation au profit de l'entreprise, déterminée dans les conditions prévues à l'<u>article 1794 du Code civil</u> sans pouvoir être inférieure à 20 % de la valeur du présent contrat. Les sommes déjà versées étant acquises à l'entreprise, en sus de cette indemnité, le maître de l'ouvrage devra la prochaine tranche de paiement en cours et non encore émise ».

Pour s'opposer à l'application de ladite clause, les maîtres d'ouvrage ayant résilié le contrat en invoquèrent le caractère abusif etobtinrent gain de cause : d'une part l'annexe (d) de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (dans sa rédaction alors applicable) réputait abusive la clause « ayant pour objet ou effet de permettre au professionnel de retenir les sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celuici qui renonce » (cette clause est désormais présumée abusive par l'article R. 132-2, 2°); d'autre part, la recommandation de synthèse de la Commission des clauses abusives allait dans le même sens (recommandation n° 91-02.

Les juges ont déclaré la clause de dédit abusive en raison du déséquilibre créé puisque « le contrat ne [contenait] aucune disposition pour le cas où le constructeur renoncerait à exécuter ou poursuivre ses obligations » (CA Pau, 21 juin 2000, préc.). Remarquons que pour équilibrer le contrat, c'est une clause pénale ou un plafond conventionnel de dommages et intérêts qu'il eût fallu prévoir au profit du maître de l'ouvrage : car l'entrepreneur n'a pas la faculté qu'accorde l'article 1794 au maître de résilier unilatéralement le contrat ; renoncer à l'exécution du contrat est donc synonyme pour lui de responsabilité contractuelle.

2° Clauses déclarées non abusives

147. – Vente à terme – Le principe de la vente d'immeuble à construire à terme est de reporter le transfert de propriété à la date de la livraison qui rend exigible le paiement intégral du prix, étant précisé que le transfert de propriété s'opère alors rétroactivement au jour de la signature du contrat de vente. D'une utilisation peu fréquente, la vente à terme a néanmoins fait l'objet d'un contrôle négatif de clauseabusive à propos d'une stipulation mettant le paiement de la taxe foncière à la charge de l'acquéreur. Dans une affaire jugée en 2001 par la cour d'appel de Paris, une vente à terme comportait la clause suivante :

L'occupant supportera à compter de l'entrée en jouissance, toutes les charges pouvant grever l'immeuble ou résultant de sa gestion, comme s'il était propriétaire. En conséquence, il sera tenu de verser par acomptes à la société ou à sa mandataire sa quote-part des dépenses engagées pour la gestion de l'immeuble, savoir : la prime s'assurance de l'immeuble, les frais d'entretien des espaces communs, les taxes locatives et foncières etredevances afférentes à l'immeuble » (<u>CA Paris, 2e ch. sect. B., 31 mai 2001, RG n° 2000/13791</u> : <u>JurisData n° 2001-149799</u>).

La cour d'appel de Paris n'a pas considéré cette clause comme abusive : si le vendeur est bien assujetti à la taxe foncière jusqu'au transfert de propriété, les parties peuvent contractuellement décider que l'acquéreur sera tenu de rembourser cette taxe au vendeur sans que cela ne cause un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ; la clause ne confère aucun avantage excessif du vendeur lié au caractère rétroactif du transfert de propriété (adde dans le même sens déjà : CA Paris, 8e ch. sect. A, 4 févr. 1997, RG n° 95/26369 : JurisData n° 1997-020667).

148. – Délais de livraison – Dans tous les contrats de construction, le délai de livraison apparaît comme un élément fondamental. Il fait d'ailleurs toujours l'objet d'une mention obligatoire dans le secteur protégé (CCH, art. L. 261-11 pour la

vente d'immeuble à construire ; art. L. 222-3 pour le contrat de promotion immobilière ; art. L. 231-2, i, pour le contrat de construction de maison individuelle).

149. – Construction de maison individuelle – Dans le CCMI, les clauses types imposent que la durée d'exécution soit indiquée en mois à compter de l'ouverture du chantier (art. R. 231-13) ; la clause qui allonge ces délais pour des causes autres que les intempéries, la force majeure et le cas fortuit est réputée non écrite (CCH, art. L. 231-3, d). L'annexe à l'article R. 231-14-IV prévoit que le délai est prolongé de la durée des périodes d'intempérie pendant lesquelles le travail est arrêté conformément aux dispositions des articles L. 5424-6 et suivants du Code du travail. Ces textes considèrent comme intempéries les conditions atmosphériques et les inondations lorsqu'elles rendent dangereux ou impossible l'accomplissement du travail eu égard soit à la santé ou à la sécurité des salariés, soit à la nature ou à la technique du travail à accomplir.

150. – Dans les autres contrats, et notamment dans la vente d'immeuble à construire, le délai retenu est souvent calculé par trimestre, les travaux devant être livrés dans le courant de tel trimestre. La formule ne donne pas au délai un caractère indicatif : il faut comprendre que la livraison doit avoir lieu au plus tard à la fin du trimestre considéré.

151. – Clause majorant les délais de livraison en VEFA – Les contrats de vente d'immeuble à construire comportent généralement une clause définissant les causes légitimes de retard de livraison permettant au vendeur d'allonger le délai de livraison sans encourir de pénalités de retard.

La clause peut ainsi définir les cas de force majeure qui légitimeront les retards de livraison (anomalies du sous-sol, intempéries, grève générale comme particulière au bâtiment, voire spéciale aux entreprises travaillant sur le chantier) et stipuler que « pour l'appréciation des événements ci-dessus évoqués, les parties, d'un commun accord, déclarent s'en rapporter dès à présent à un certificat établi par le maître d'œuvre ayant, lors de la survenance de l'un quelconque de ces événements, la direction des travaux » (CA Versailles, 4e ch., 16 janv. 2012, RG n° 10/07906 : JurisData n° 2012-000712 ; Constr.-Urb. 2012, comm. 72, par Ch. Sizaire).

La clause peut aussi stipuler que le « délai [d'achèvement] sera le cas échéant majoré des jours d'intempéries au sens de la réglementation du travail sur les chantiers du bâtiment : ces jours seront constatés par une attestation de l'architecte ou du bureau d'études auquel les parties conviennent de se rapporter ; le délai sera le cas échéant majoré des jours de retard consécutifs à la grève et au dépôt de bilan d'une entreprise, et de manière générale, en cas de force majeure » (CA Amiens, 1re ch. sect. 2, 1er févr. 2011 : Constr.-Urb. 2012, comm. 72, par Ch. Sizaire).

Le caractère abusif de ces deux clauses a été contrôlé par des juges d'appel qui statuèrent de manière opposée: dans les deux affaires, l'abus pouvait résider d'une part dans le fait que les clauses conféraient systématiquement les effets de la force majeure à des événements qui n'en sont pas toujours et, d'autre part, dans la circonstance que les parties s'en remettaient au maître d'œuvre du chantier pour apprécier la légitimité des retards qu'invoqueraient le constructeur.

La cour d'appel de Versailles valida la première clause, relevant que si le maître d'œuvre était effectivement lié à son maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, il restait un tiers au contrat de VEFA, et un tiers qualifié puisqu'il dirigeait les travaux de construction de l'immeuble. Les juges considérèrent que la clause ne créait aucun déséquilibre significatif au détriment de l'acquéreur dans la mesure où en cas de retard de construction, ses obligations financières étaient elles aussi retardées (CA Versailles, 4e ch., 16 janv. 2012, préc.).

La cour d'appel d'Amiens annula au contraire la seconde clause comme abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour les motifs suivants :

• •

elle conférait systématiquement les effets de la force majeure à des événements qui n'en présentaient pas forcément le caractère ;

• •

elle renvoyait l'appréciation des jours d'intempéries à l'architecte ou à un bureau d'études, alors que le maître d'œuvre, qui était lui-même tenu de respecter des délais d'exécution à l'égard du maître de l'ouvrage, pouvait avoir intérêt à justifier le retard de livraison par des causes légitimes (CA Amiens, 1er févr. 2011, préc.).

Cet arrêt rejoignait la position de la cour d'appel de Lyon qui en 2009 avait également déclaré abusive cette clause parce qu'elle renvoyait à un certificat du maître d'œuvre pour l'appréciation des événements constituant une cause légitime de retard, en retenant notamment le conflit d'intérêts : le maître d'œuvre, tenu de respecter les délais d'exécution à l'égard du

maître de l'ouvrage, peut lui-même avoir à justifier le retard de livraison par des « causes légitimes » (CA Lyon, ch. civ. 6e sect., 10 nov. 2004, RG n° 2003/4346).

La Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens. Elle choisit la censure au visa des <u>alinéas 1 et 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation</u>:

en statuant ainsi, alors que la clause susvisée n'avait ni pour objet, ni pour effet de créer, au détriment des acquéreurs non-professionnels, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat et, partant, n'était pas abusive, la cour d'appel a violé le texte susvisé (Cass. 3e civ., 24 oct. 2012, n° 11-17.800: JurisData n° 2012-023987; Constr.-Urb. 2012, comm. 182, par Ch. Sizaire; JCP N 2013, 1096, comm. S. Laporte-Leconte; JCP E 2012, 1723, comm. N. Dupont; RD imm. 2013, p. 597 obs. O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire; RDC 2013, p. 613 obs. Ph. Brun; Gaz. Pal. 1er et 2 mars 2013, p. 44, obs. V. Zalewski-Sicard).

Remarquons que sur l'appréciation des causes légitimes de retard, cette même cour d'appel avait considéré dans une autre affaire qu'il n'y avait pas d'abus possible dès lors que « les modalités de preuve [reposaient] sur l'attestation d'un tiers au contrat de vente (architecte ou bureau d'études) fondée s'agissant des intempéries, sur une réglementation publiée (réglementation du travail des chantiers de bâtiment) ou sur des informations publiques (mise en procédure collective d'une entreprise) dont le contenu [pouvait] ainsi être contrôlé par l'acquéreur » (CA Amiens, 1re ch. sect. 1, 28 oct. 2010, RG n° 09/04115 : JurisData n° 2010-026597).

152. – Portée de la solution – « La législation consumériste sur les clauses abusives a droit de cité dans le cercle juridique (que l'on avait tendance à croire un peu fermé) de la vente d'immeuble à construire » (Ph. Brun, De l'exigence de conformité dans la vente d'immeubles à construire : RDC 2013, p. 613. – Adde O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire, Clauses de majoration de délai et causes légitimes de retard dans la VEFA : RD imm. 2013, p. 593). L'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2012 ne ferme pas la possibilité de déceler un abus derrière une clause allongeant les délais de livraison. Il est rendu au double visa de l'alinéa 1 et de l'alinéa 5 de l'article L. 132-1, intégralement reproduis dans la décision.

Or l'alinéa 5 dispose que c'est en se référant aux circonstances de la cause qu'une clause peut être déclarée abusive : "sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161,1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autresclauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre". Une clause qui, comme celle de l'espèce, énumère des causes légitimes de retard dont l'appréciation est confiée au maître d'œuvre dirigeant les travaux, n'est pas abusive. Mais il faut comprendre du visa de ce texte que cette clause pourrait être déclarée abusive dans d'autres circonstances, par exemple si l'indépendance du maître de l'œuvre était discutable (V. G. Durand-Pasquier, Du délai de livraison dans la vente en l'état futur d'achèvement : Constr.-Urb. 2013, alerte 51 qui relève que « bien qu'il soit effectivement stricto sensu un tiers au contrat de VEFA, le maître d'œuvre constitue ce que d'aucuns appelleraient, en droit des obligations, un 'tiers intéressé »).

Mais encore faudrait-il démontrer un déséquilibre significatif car la clause allongeant les délais de livraison ne se trouve pas dans les listes des <u>articles R. 132-1 et 132-2 du Code de la consommation</u>. Si la liste noire comprend les <u>clauses</u> qui réservent au professionnel le droit de modifier unilatéralement les <u>clauses</u> du contrat relatives à sa durée (*C. consom., R. 132-1 3°*), ce n'est pas le cas de la <u>clause</u> qui prévoit d'allonger les délais de livraison pour des causes attestées par le maître d'œuvre, tiers au contrat de vente – sauf si ce tiers apparaît comme le représentant du vendeur.

La prévision de causes conventionnelles de suspension n'a pas non plus pour objet ou pour effet de stipuler une date indicative d'exécution du contrat (*liste grise*, 7° de l'article R. 132-2): reporter la date de livraison pour des causes précisément déterminées etobjectivement appréciées par un tiers, ne revient pas à stipuler une date indicative car, en dehors de ces hypothèses dûment justifiées, les retards de livraison engagent bien la responsabilité du vendeur.

153. – Retard dû à des défaillances internes – Les contrats de vente d'immeuble à construire mentionnent souvent un allongement du délai de livraison pour tenir compte de la défaillance des entreprises travaillant sur le chantier : procédures collectives, résiliation des marchés, grèves. Ces clauses sont valables dans leur principe (pour une illustration, V. Cass. 3e civ., 12 juin 2013, n° 12-19285 : RD imm. 2013, p. 597, obs. O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire).

154. – Retard dû à l'intervention d'autorités tierces – Le contrat de construction de maison individuelle excepté (puisqu'y sont prohibés les ajouts conventionnels de causes de retard autres que la force majeure et les intempéries), les contrats de construction peuvent reporter la date de livraison pour tenir compte de l'intervention d'autorités administratives sur le chantier (comme la direction des monuments historiques par exemple). Attention, si ces interventions sont le résultat de fautes ou de négligences du constructeur, laclause qui aboutirait à empêcher le client consommateur de demander l'indemnisation du retard en résultant serait abusive au sens de l'article R. 131-6° du Code de la consommation : son effet serait de supprimer son droit à réparation du préjudice subi du fait d'un retard imputable au professionnel.

155. – Clause d'allongement des délais de livraison et droit commun – En droit commun il est loisible aux parties d'aménager l'obligation d'un contractant, ce à quoi aboutit la clause suspendant les délais de livraison pour des hypothèses ne réunissant pas les caractères de la force majeure ; la validité de ces clauses suppose cependant que l'aménagement n'aboutisse pas à supprimer l'obligation essentielle du contrat comme le délai de livraison dans la vente d'immeuble à construire (C. civ., art. 1601-1).

C. - Clauses potentiellement abusives

1° Clauses recommandées comme abusives

156. – Plusieurs recommandations concernant le CCMI ont été édictées par la Commission des clauses abusives. Certaines de ses propositions ont été intégrées dans les listes noire et grise du Code de la consommation (sur ces listes, V. <u>n° 33</u>); les autres peuvent appuyer une demande de suppression de clauses abusives sur le fondement de l'<u>article L. 132-1 du Code de la consommation</u>. Les recommandations de la Commission peuvent servir à la preuve du déséquilibre significatif. Il importe donc de connaître ces clauses recommandées comme abusives afin de travailler à l'équilibre global des contrats dans lesquels elles sont susceptibles d'être intégrées.

157. – Recommandation n° 81-02 – Une partie des dix-sept clauses que la commission avait recommandé de déclarer abusives ont été interdites ou présumées abusives par la suite.

Nombre d'entre elles se retrouvent dans la liste des clauses interdites dans le contrat de construction de maison individuelle avec plan (*CCH*, art. L. 231-3: V. n° 130).

Deux autres sont contraires aux mentions obligatoires du contrat de construction de maison individuelle avec fourniture des plans réformé par la loi du 19 décembre 1990 : le constructeur ne peut s'arroger le droit de modifier unilatéralement le prix convenu en fonction de la nature du terrain ($Recommandation \, n^{\circ} \, 81-02, \, 5^{\circ}$) ou prévoir une majoration du prix pour cause de travaux supplémentaires ($Ibid. \, n^{\circ} \, 7$) sans violer :

- les articles R. 231-3 et 4 du Code de la construction et de l'habitation, qui imposent de joindre le plan de la construction précisant les travaux d'adaptation au sol et la notice décrivant les travaux indispensables à l'implantation de l'immeuble ;
- l'article R. 231-5 du même code selon lequel le prix convenu au contrat inclut les frais d'étude du terrain pour l'implantation du bâtiment ;
- et surtout l'article L. 231-2, d qui donne au prix convenu une nature forfaitaire et définitive.

Ces clauses se heurteraient aussi à l'article 1793 du Code civil qui est d'ordre public.

Deux d'entre elles sont neutralisées par l'article R. 231-14 du Code de la construction et de l'habitation qui fixe à 1/3 000e du prix convenu le montant minimum des pénalités prévues pour retard de livraison et limite dans ce cas à 1 % par mois les pénalités dues par le maître pour les retards de paiement, calculé sur les sommes non réglées. La disposition est reprise à l'identique dans le CCMI sans fourniture des plans (CCH, art. R. 232-7). Dans ces conditions, il devient difficile de :

• •

fixer les pénalités dues par le consommateur, en cas de retard dans les paiements, à des sommes supérieures au montant correspondant aux usages et normes en vigueur dans le bâtiment ($Recommandation n^{\circ} 81-02$, 9°);

• •

et « d'accorder au consommateur, en cas de retard du professionnel dans l'exécution de ses travaux, des indemnités et pénalités disproportionnés avec celles qui sanctionnent les retards du consommateur dans ses paiements » (ibid. 12°).

Trois autres ont été intégrées aux listes réglementaires ; il s'agit des clauses ayant pour objet ou pour effet :

• •

1° de prévoir lors de la signature du contrat un engagement immédiat et définitif du consommateur et un engagement éventuel du professionnel (<u>C. consom., art. R. 132-2 1°</u>);

• •

2° de reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat dans le mois qui suit sa signature sans que cette même faculté soit explicitement reconnue au consommateur (C. consom., art. R. 132-1 8°);

• •

17° d'imposer le recours à un arbitrage pour un litige qui n'est pas encore né ou le recours à une expertise amiable préalablement à toute action en justice (<u>C. consom., art. R. 132-2, 10°</u>).

Le 10° de la recommandation épingle la clause qui prévoit « la résiliation du contrat, en cas de retard dans les paiements, sans que celle-ci ait été précédée d'une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception, ladite résiliation pouvant intervenir moins d'un mois après cette mise en demeure ». Cette recommandation se retrouve aujourd'hui dans l'article R. 132-2 4° du Code de la consommation qui présume abusive (liste grise) la clause visant à « reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable » ; on peut également penser au 8° du même texte qui vise la clause « [soumettant] la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ».

158. – En définitive, seule une petite poignée de clauses recommandées comme abusives par la commission n'ont pas fait l'objet de textes d'interdiction. Il s'agit des clauses ayant pour objet ou pour effet :

• •

3° de rendre inopposables au professionnel ses propres documents publicitaires ou la référence à ses maisons d'exposition ;

. .

8° de prévoir pour le paiement des acomptes un délai inférieur à quinze jours à dater de la présentation des situations ;

• •

16° d'attribuer au professionnel, en cas de résiliation du contrat du fait du consommateur, une indemnité supérieure au montant des travaux qu'il a effectués, des frais qu'il a exposés et du bénéfice qu'il était en droit d'espérer si le contrat avait été mené à son terme.

La présence de ces clauses dans un contrat de construction de maison individuelle peut fonder une action en suppression sur le fondement de l'article L. 132-1 ; il faut alors en établir le caractère abusif, ce que facilitera la recommandation n° 81-02 de la Commission des clauses abusives.

159. – Recommandation n° 91-03 – Complétant la précédente, la commission y recommande que soient éliminées des contrats de construction de maison individuelle avec fourniture des plans les clauses ayant pour objet ou pour effet :

• •

1. de rendre inopposables aux constructeurs les erreurs de surfaces ;

• •

2. d'imposer la consignation de fonds par le maître d'ouvrage exclusivement auprès d'un établissement financier agréé par le constructeur ;

- •
- 3. d'obliger le consommateur à signer toute procuration ou à donner toute délégation au constructeur pour percevoir les fonds destinés au financement de l'opération ;
- •
- 4. d'interdire au consommateur d'hypothéquer son terrain et sa maison, sauf pour les prêts nécessaires à leur financement, ou de les donner en location ;
- •
- 5. de supprimer la responsabilité du constructeur relative à la garde du chantier en cas de non-paiement d'une fraction du prix par le consommateur ;
- •
- 6. de prévoir que la délivrance du permis de construire avec réserve ou prescriptions architecturales n'est pas assimilable à un refus de permis de construire ;
- •
- 7. de prévoir que le client supportera le coût de la fourniture d'eau pour les besoins du chantier et les dépenses relatives au préchauffage ;
- •
- 8. de prévoir que l'absence du maître d'ouvrage à la date de la réception imposée par le constructeur vaut réception sans réserve etexigibilité des sommes dues ;
- •
- 9. de réserver le droit au constructeur de laisser un panneau de chantier après la réception sans l'accord préalable du propriétaire.

La clause 1, qui rend inopposables aux constructeurs les erreurs de surfaces, aboutit à supprimer le droit à réparation du préjudice subi par le maître d'ouvrage en cas de manquement à l'obligation de livrer une maison conforme au contrat ; elle est aujourd'hui interdite comme abusive par l'article R. 132-1 6° du Code de la consommation.

La clause 6 est désormais une mention réputée non écrite dans les CCMI avec fourniture des plans par l'article L. 231-3 (V. n° 133).

Les autres clauses pourront faire l'objet d'une action en suppression sur le fondement de l'article L. 132-1 à condition de démontrer leur caractère abusif, à l'aide de la recommandation.

$\mathbf{2}^{\mathbf{o}}$ Autres clauses susceptibles d'être déclarées abusives

160. – Les développements qui suivent sont destinés à identifier les clauses des contrats de construction qui, à certains égards, évoquent les signes d'un caractère abusif. L'objectif est seulement d'attirer l'attention sur les potentialités d'abus. Car concrètement, uneclause ne peut être déclarée abusive par un juge qu'après un examen global du contrat qui la contient : l'article L. 132-1 du Code de la consommation commande d'apprécier le caractère abusif d'une clause en interprétant le contrat conformément au guide des articles 1156et suivants du Code civil et par référence à toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, à toutes les clauses qu'il contient ainsi qu'aux clauses des contrats interdépendants.

Les contrats de construction sont généralement rédigés par des professionnels ou en leur nom et constituent la plupart du temps des contrats d'adhésion. Ils peuvent de ce fait laisser transparaître un déséquilibre au profit des constructeurs ; mais la sanction des clausesabusives ne jouera que si ce déséquilibre est significatif.

a Clauses des contrats préliminaires de réservation

161. – L'existence de listes réglementaires des clauses abusives conduit à poser la question de la compatibilité du contrat préliminaire de réservation, régi par les <u>articles L. 261-15 et R. 261-25 et suivants du Code de la construction et de</u> l'habitation avec la réglementation des <u>clauses abusives</u> (V. déjà n° 114).

La question se pose dans les mêmes termes à propos du contrat préliminaire à une cession de parts de société d'attribution prévue aux <u>articles L. 212-11 et R. 212-14 et 15 du Code de la construction et de l'habitation</u>, puisque ces textes reprennent les dispositions du contrat préliminaire de réservation des ventes d'immeubles à construire.

162. – Définition – Le contrat préliminaire de réservation est le contrat préparatoire aux ventes d'immeuble à construire du secteur protégé. Il s'agit du contrat par lequel le réservant – futur vendeur s'engage à réserver au réservataire – futur acquéreur – un immeuble ou une partie d'immeuble à construire, en contrepartie du versement d'un dépôt de garantie (*CCH*, art. L. 261-15).

Le modèle légal du contrat préliminaire de réservation est conçu comme un outil au service du promoteur pour tester la faisabilité du programme immobilier envisagé. Si le succès n'est pas au rendez-vous, le promoteur peut renoncer à l'opération en restituant les dépôts de garantie aux réservataires. En pratique, les contrats de réservation prévoient souvent une clause précisant que le démarrage du chantier dépendra d'un certain taux de remplissage, ne serait-ce que parce que les banques en font une condition de leurs prêts. Si le taux de réservation prévu est atteint, le chantier démarrera ; s'il ne l'est pas, le promoteur pourra renoncer au projet.

163. – Nature – La doctrine discute de la nature juridique du contrat de réservation : promesse unilatérale ou synallagmatique de vente, pacte de préférence, contrat *sui generis*. Pour la Cour de cassation, il est simplement un contrat « *sui generis* essentiellement synallagmatique » du secteur de la vente d'immeuble (*Cass. 3e civ., 18 déc. 1984 : Bull. civ. 1984, III, n° 217. – Cass. 3e civ., 3 juin 1987 : Bull. civ. 1987, III, n° 114). Cette qualification le fait échapper à l'obligation d'enregistrement, lequel reste cependant conseillé pour donner date certaine au contrat. L'esprit du contrat préliminaire apparaît assez proche du pacte de préférence ; la Cour de cassation fait elle-même le rapprochement lorsqu'elle juge que le réservataire ne s'engage pas à vendre, dès la signature du contrat préliminaire, « mais à proposer à la vente, par préférence, dans un certain délai, en cas de réalisation du programme » (<i>Cass. 3e civ., 30 nov. 2011 : Bull. civ. 2011, III, n° 203*).

164. – De la réservation à la promesse – Le contrat préliminaire de réservation peut engager le promoteur au-delà d'une simple réservation et mettre une obligation de vendre à sa charge. La validité d'un tel contrat préliminaire ne fait pas de doute, tant du moins qu'il respecte les mentions obligatoires imposées par l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation. Le contenu de ces mentions est forcément affecté par un tel engagement : le prix ne peut plus être prévisionnel, il doit être définitif ; la surface précise etnon approximative, etc. Lorsque le contrat préliminaire est conclu après le commencement du chantier, les promoteurs s'engagent en général à vendre car une réservation simple pourrait apparaître suspecte au réservataire.

165. – Le principe même du contrat préliminaire de réservation, tel que le Code de la construction et de l'habitation le réglemente, est de permettre au promoteur de renoncer au projet sans engager sa responsabilité : c'est pourquoi l'obligation est de réserver et non de vendre. Les formules utilisées subordonnent en général la concrétisation du projet à une liste de conditions nombreuses : autorisation d'urbanisme, mise en place du financement de la construction, obtention des garanties financières d'achèvement ou de remboursement, etc.

166. – Engagement du réservant – L'article R. 132-2, 1° présume abusive la clause qui prévoit "un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté". Une clause qui stipulerait que le promoteur se réserve la possibilité de ne pas donner suite au projet si l'opération n'était plus souhaitable ou non rentable serait présumée abusive, à charge pour le réservant de faire la preuve contraire. Et comme cette clause intéresse l'obligation essentielle du contrat préliminaire, c'est le contrat tout entier qui risque de tomber si elle était réputée non écrite (C. consom., art. L. 132-1, al. 8). Pour se défendre, les promoteurs pourraient cependant invoquer la réglementation même du contrat préliminaire qui leur permet de renoncer au projet sans avoir à donner de motif ; maispour éviter le risque de litige, mieux vaut stipuler précisément les conditions auxquelles le démarrage du chantier est subordonné en évitant les conditions potestatives.

167. – Pouvoir de modifier unilatéralement le contrat – L'article R. 132-2, 6° du Code de la consommation présume ensuiteabusive les stipulations qui réservent au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits etobligations des parties, tandis que l'article R. 132-1 3° interdit comme abusive la clause réservant au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer. Or l'économie même du contrat préliminaire de réservation du Code de la construction et de l'habitation

est de permettre au promoteur de réserver un bien dont les caractéristiques précises ne sont pas déterminées (le contrat peut ne stipuler qu'une surface approximative) pour un prix qui peut n'être que prévisionnel.

Entre la signature du contrat de réservation et le projet définitif de VEFA proposé au réservataire, le promoteur peut donc modifier les caractéristiques du bien à construire et le montant du prix de vente. C'est pourquoi le réservataire dispose d'un délai de trente jours pour examiner l'offre de vente qu'il reçoit (CCH, art. L. 261-30); cela explique également que l'article L. 261-31 intègre aux motifs de restitution du dépôt de garantie, les cas où le réservataire renonce à la vente parce que le réservant a modifié des éléments du contrat préliminaire (CCH, art. L. 261-31).

168. – Une décision de la Cour de cassation montre qu'il est possible d'interpréter les textes relatifs au contrat préliminaire de manière à rééquilibrer les droits et obligations des parties.

Il s'agissait d'un contrat de réservation dont la notice décrivait des menuiseries extérieures en aluminium; elles furent remplacées par du PVC dans le projet de VEFA. Les réservataires refusèrent la vente dans ces conditions. La Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir retenu qu'en application de l'article R. 261-31 a), le dépôt de garantie devait être leur être restitué: la non-conclusion de la vente « du fait du vendeur », visée par ce texte comme juste motif de restitution du dépôt de garantie, a été interprétée comme incluant le refus des réservataires d'acquérir en raison d'une modification par le promoteur des caractéristiques techniques de l'immeuble à construire (<u>Cass. 3e civ., 12 avr. 2012, n° 11-11764</u>: <u>JurisData n° 2012-007096</u>; Bull. civ. 2012, III, n° 27; RD imm. 2012, p. 346, obs. O. Tournafond; RDC 2013, p. 613, obs. Ph. Brun).

La solution a fait l'objet de vives critiques (O. Tournafond, obs. préc.). Elle est cependant une interprétation possible du texte (en ce sens : Ph. Brun, obs. préc.) : le cas où la vente n'est pas conclue « du fait du vendeur » est suffisamment large pour inclure les hypothèses où le refus d'acheter est le résultat d'une modification de l'objet du contrat imputable au promoteur. Du reste, l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation prévoit la restitution du dépôt de garantie si le contrat proposé fait apparaître une différence anormale par rapport aux prévisions du contrat préliminaire ; or le PVC est un matériau très différent de l'aluminium.

169. – Sort du dépôt de garantie – L'article R. 132-2, 2° présume abusive la clause qui autorise « le professionnel à conserver les sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement pour le non professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce ». Or le réservataire perd son dépôt de garantie lorsqu'il renonce à acheter le bien réservé pour un motif étranger à ceux de l'article R. 261-31, alors que de son côté le réservant ne doit rien lorsqu'il abandonne le projet : le dépôt de garantie versé sur un compte spécial ouvert au nom du réservataire est simplement restitué à ce dernier (<u>CCH</u>, art. L. 261-15).

Ici encore le régime du contrat préliminaire heurte donc la réglementation des clauses abusives. Cependant le risque est limité à laclause litigieuse qui pourrait être réputée non écrite. Des réservataires avisés, ayant la qualité de consommateur ou de non-professionnel, pourraient obtenir sur ce fondement la restitution du dépôt de garantie versé lorsqu'ils ne disposent d'aucun des motifs de l'article R. 261-31 et qu'ils veulent se retirer du projet.

170. – Dommages et intérêts – Le régime actuel du contrat préliminaire ne semble donc pas conforme à la réglementation desclauses abusives ; toute la question est alors de savoir si le contenu des contrats réglementés peut faire l'objet d'un contrôle des clausesabusives (sur cette question, V. <u>n° 109</u>). La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer précisément sur cette question. Laclause de cette VEFA du secteur protégé qui a donné lieu à un contrôle de son caractère abusif dans l'arrêt du 24 octobre 2012, ne reprenait pas une disposition législative ou réglementaire du Code de la construction et de l'habitation ; il s'agissait d'une clauseajoutéeajoutée par les parties (Cass. 3e civ., 24 oct. 2012, cité n° 151).

S'agissant de la possibilité laissée au réservant d'abandonner le projet en restituant le dépôt de garantie, la Cour de cassation a eu l'occasion d'y voir un cas de responsabilité contractuelle lorsque le réservant s'était retiré pour un motif illégitime et avait ainsi manqué

à la bonne foi qui doit présider à l'exécution des conventions (Cass. 3e civ., 17 nov. 1993 : Bull. civ. 1993, III, n° 148. – Cass. 3ee civ., 20 oct. 2004, n° 03-10.406, inédit : RDC 2005, n° 2, p. 264, obs. D. Mazeaud).

171. – Clauses modifiant les produits ou fournitures – Les clauses autorisant les constructeurs à modifier la qualité des matériaux ou des produits décrits au contrat sont très fréquentes. Tous les constructeurs sont pourtant débiteurs d'une obligation de délivrance conforme aux stipulations contractuelles ; et la réglementation des contrats spéciaux dans le Code de la construction et de l'habitation impose une description précise du bien à construire (CCH, art. R. 222-5 pour le contrat de promotion immobilière ; art. R. 231-4 pour leCCMI ; art. R. 261-13 pour les ventes d'immeuble à construire et R. 262-8 pour la vente d'immeuble à rénover).

S'agissant de contrats portant sur une chose future, ces clauses de sauvegarde permettent au constructeur de disposer d'une certaine marge de manœuvre (remplacement d'un matériau ou d'un équipement par un autre de qualité équivalente par exemple). Ces clauses sont utiles en ce qu'elles anticipent et contractualisent le risque d'indisponibilité du matériau ou du produit (épuisement des stocks, liquidation du fournisseur....). L'abus pointe cependant lorsque le pouvoir de modification conféré par la clause au constructeur n'est pas encadré par des causes légitimes.

172. – Surface – Au sein des contrats réglementés du Code de la construction et de l'habitation, la surface fait toujours l'objet d'une mention obligatoire. Dans la vente d'immeuble à construire par exemple, le contrat indique obligatoirement la contenance de l'immeubleet la surface de chaque pièce (CCH, art. L. 261-11 et R. 261-13); une mention identique existe pour le CCMI (CCH, art. R. 231-3). Aucune marge de tolérance n'est expressément autorisée par les textes mais la jurisprudence n'y est pas hostile. Elle a admis l'application de la garantie de contenance des articles 1619 et s. du Code civil aux ventes d'immeuble à construire du secteur protégé, alors même que ces textes prévoient une tolérance de 5 %, ce qui paraît énorme au regard du prix qu'atteint le mètre carré dans certaines régions de France (Cass. 3e civ., 11 janv. 2012, n° 10-22.924 : JurisData n° 2012-000226 ; Bull. civ. 2012, III, n° 5).

Sur le terrain des clauses abusives, le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage avisé pourrait faire déclarer cette clause comme abusive : elle réserve en effet au constructeur la possibilité de modifier unilatéralement la surface de l'immeuble à construire ; or cette surface est sans doute l'une de ses caractéristiques essentielles. Les clauses qui réservent au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux caractéristiques du bien à livrer sont interdites par l'article R. 132-1, 3° du Code de la consommation.

Clauses relatives aux sanctions de la défaillance du constructeur

173. – Clauses limitant ou excluant les garanties légales. Renvoi – Sont interdites par le Code civil les clauses ayant pour objet ou pour effet de limiter ou d'exclure les garanties légales attachées aux contrats de construction immobilière (<u>C. civ., art. 1792-5. – Sur ce texte, V. n° 123</u>).

174. – Clauses limitant ou excluant le droit à réparation. Renvoi – Les contrats de construction conclus entre un constructeur professionnel et un maître ou acquéreur d'ouvrage non professionnel ou consommateur ne peuvent contenir des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité contractuelle : de telles clauses ont pour effet de limiter ou supprimer le droit à réparation du préjudice résultant du manquement contractuel du professionnel ; elles sont interdites comme abusives par l'article R. 132-1, 6° du Code de la consommation.

175. – Pénalités de retard et CCMI – La réglementation du contrat de construction de maison individuelle résulte de la loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990. Cette loi futadoptée à une époque où le droit de la consommation avait atteint une forme de maturité. Il n'est alors pas étonnant que la loi ait envisagé les sanctions consécutives aux retards d'exécution de chacune des parties, le constructeur comme le maître de l'ouvrage. La stipulation de pénalités pour retard de livraison ou retard de paiement n'est jamais impérative ; mais lorsque le contrat prévoit à la charge du maître de l'ouvrage une pénalité pour retard de paiement, son taux ne peut excéder 1 % par mois des sommes non réglées si la pénalité pour retard de livraison du constructeur est elle-même limitée à 1/3 000e du prix par jour de retard (*CCH*, art. R. 231-14).

176. – Pénalité de retard et livraison de l'immeuble à construire – Un tel essai d'équilibre est absent du régime des ventes d'immeuble à construire du Code de la construction et de l'habitation. Les pénalités pour retard de paiement étant généralement stipulées au contrat, le Code de la construction prend la précaution d'en limiter le taux à 1 % par mois (*CCH*, art. R. 261-14 in fine) ; aucun équivalent n'est cependant prévu pour les retards de livraison dont souffre l'acquéreur. Des juges pourraient considérer que ce défaut de réciprocité crée un déséquilibre significatif révélateur d'une clause abusive. L'absence de clause d'astreinte n'empêche pas l'acquéreur d'obtenir des dommages et intérêts moratoires, mais il doit les demander en justice et chiffrer son préjudice. Le fera-t-il ?

Bibliographie

C. Aubert de Vincelles

La loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur : D. 2014, p. 879

E. Bazin

La nouvelle protection contre les clauses abusives : Rev. huissiers mai 1995, p. 523

B. Beignier

Le fondement juridique du contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire : LPA 9 mars 1994, p. 20

Ph. Brun

De l'exigence de conformité dans la vente d'immeubles à construire : RDC 2013, p. 613

J. Calais et H. Temple

Droit de la consommation : Précis Dalloz 8e éd., 2010

C. Castets-Renard

La proposition de directive relative aux droits des consommateurs **et** la construction d'un droit européen des contrats : D. 2009, p. 1158

Y. Chartier

La réforme de la Commission des clauses abusives : JCP G 1993, Act. n° 15

V. Cottereau

La clause réputée non écrite : JCP G 1993, I, n° 3691

G. Courtieu

Clauses abusives : l'épée de Damoclès ? : Resp. civ. et assur. janv. 1996, p. 6

Ph. Darrieux

Le regard des juges sur la Commission des clauses abusives, in La protection du consommateur contre les clauses abusives : Contrats, conc. consom., sept-oct. 1998, p. 38

G. Durand-Pasquier

Du délai de livraison dans la vente en l'état futur d'achèvement : Constr.-Urb. 2013, alerte 51

J.-M. Gélinet

Des clauses dites abusives dans les contrats de syndics : AJPI 1997, p. 88

B. Gelot

Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1er février 1995 : Defrénois 1995, p. 1201

J. Ghestin et L. Marchessaux-Van Melle

L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 : JCP E 1995, chron. 481

J. Huet

La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : quel droit, quels juges ? : LPA 6 févr. 1998, p. 7

Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire : D. 1993, chron. p. 331

J. Hugot et D. Sizaire

JCI. Construction-Urbanisme, Fasc. 215-3: Contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture des plans

A. Karimi

L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 : <u>JCP G 1996, I,</u> n° 3918

S. Laporte-Le Conte

Vente d'immeuble à construire : la clause d'allongement des délais pour intempéries ne constitue pas une clause abusive ! : JCP N 2013, 1096

G. Lazzarin

L'application du droit de la consommation aux services publics, Les contradictions de la jurisprudence Société des eaux du Nord : RFDA 2011, p. 591

M. Leroux

La loi consommation du 1er février 1995 : Europe et vie quotidienne : Contrats, conc. consom. 1995, n° 84, p. 65

L. Leveneur

Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives : Contrats, conc. consom. avr. 1996, chron. 4

Vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité : Contrats, conc. consom. mars 1994

R. Martin

La réforme des clauses abusives : Ann. loyers 1995 p. 879

D. Mazeaud

La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? : Dr. et patrimoine 6/1995, p. 42

P.-J. Meyssan et D. Radot

Faut-il rénover le contrat préliminaire de vente en l'état futur d'achèvement ? : JCP N 2003, étude 1240

S. Moracchni-Zeidenberg

Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire : Contrats, conc. consom. 2013, étude 9

G. Paisant

Le décret portant listes noire et grise des clauses abusives : JCP G 2009, I, 116

Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 : D. 1995, jurispr. p. 223

Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995 : D. 1995, chron. p. 99

Essai sur la notion de consommateur en droit français : JCP G 1993, I, 3655

C.-M. Peglion-Zika

La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : thèse dactyl

S. Pellinghelli-Steichen

Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux au regard du contrôle des clauses abusives : LPA 14 juill. 1997, p. 11

Y. Picod et H. Davo

Droit de la consommation : Sirey, 2e éd. 2010

J.-L. Pizzo

La loi nº 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs : ALD 1992, p. 181

J.-G. Raffray

Feu le contrat préliminaire ? : JCP N 1997, p. 563

G. Raymond

JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 820: Clauses abusives

JCI. ConcurrenceConsommation, Fasc. 10 : Actualité : impacts de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 sur le droit de la consommation

Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 : Contrats, conc. consom 2014, dossier 3

La loi relative à la consommation : Contrats, conc. consom. 2014, repère 4

Directive consommateurs n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011 : Contrats, conc. consom. 2012, étude 3

Droit de la consommation : Litec professionnel, 2e éd. 2011

N. Sauphanor-Brouillaud , Élise Poillot , C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux

Contrats de consommation : règles communes : LGDJ 2012

A. Sinay Cytermann

Protection ou surprotection du consommateur ?: <u>JCP G 1994, I, 3804</u>

Ch. Sizaire

La clause de prorogation de délai n'est pas une clause abusive : Constr.-Urb. 2012, comm. 182

Causes de prorogation de délai et clause abusive : Constr.-Urb. 2012, comm. 72

F.-X. Testu

La transposition en droit interne de la directive sur les clauses abusives : Dalloz Affaires 1996, p. 372

Le juge et le contrat d'adhésion : <u>JCP G 1993, I, 3673</u>

O. Tournafond

Interdiction des clauses autorisant le professionnel à modifier les caractéristiques de l'immeuble à livrer : RD imm. 2009, p. 300

O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire

Clauses de majoration de délai et causes légitimes de retard dans la VEFA: RD imm. 2013, p. 593

M. Trochu

Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : D. 1993, jurispr. p. 315

S. Whittaker

Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'« harmonisation complète » : D. 2009, p. 1152.

Voir également : Dictionnaire permanent Droit des affaires, V° Clauses abusives. — Lamy Droit économique, Les vingt ans de la Commission des clauses abusives [Actes du colloque organisé le 29 mai 1998 à Chambéry] : Contrats, conc. consom. 1998, n° 105

Saisie du caractère abusif de la clause d'un contrat de construction de maison individuelle assimilant la prise de possession à une réception « de fait » et « sans réserve », la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir jugé qu'elle devait être réputée non écrite dès lors que cette clause « insérée dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel, crée au détriment de ce dernier un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties puisqu'elle impose au maître de l'ouvrage une définition extensive de la réception, contraire à la loi, ayant pour effet annoncé de rendre immédiatement exigibles les sommes restant dues ».

Elle censure en revanche la décision pour avoir simultanément admis, alors que la demande n'était formulée qu'à titre subsidiaire, l'exercice par les maîtres de l'ouvrage de la faculté de rétractation prévue l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Cass. 3e civ., 6 mai 2015, n° 13-24.947, FS P+B+I: JurisData n° 2015-010267