



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 4 janvier 2012
S.J.J (2012) 624

Orig.: NL

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

OBSERVATIONS ÉCRITES

déposées, conformément à l'article 23 du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne par la Commission européenne, représentée par M^{me} Marta OWSIANY – HORNUNG et M. Michel van BEEK, membres de son service juridique, en qualité d'agents, et ayant élu domicile auprès de M. Antonio ARESU, Bâtiment BECH, 5 rue A. Weicker, 2721 Luxembourg,

dans l'affaire **C-488/11**

ASBEEK BRUSSE

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, présentée par le Gerechtshof te Amsterdam par arrêt du 13 septembre 2011 et portant sur l'interprétation à donner à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|------|--|----|
| 1. | INTRODUCTION..... | 3 |
| 2. | LA QUESTION PRÉJUDICIELLE..... | 5 |
| 3. | LA LÉGISLATION..... | 6 |
| 3.1. | La réglementation de l'Union..... | 6 |
| 3.2. | Les dispositions nationales néerlandaises..... | 7 |
| 4. | En droit..... | 8 |
| 5. | CONCLUSIONS..... | 21 |

La Commission a l'honneur de présenter à la Cour les observations suivantes.

1. INTRODUCTION

1. Depuis le 1^{er} janvier 2008, Jahani BV, qui exerce à titre professionnel une activité de location d'habitations, loue un lieu d'habitation à M. Asbeek Brusse.
2. Il s'agit d'un logement indépendant à loyer libéralisé.
3. Les conditions générales relatives au contrat de bail telles que définies par le Raad voor Onroerende Zaken [le conseil des biens immobiliers, ci-après le «ROZ»] le 30 juillet 2003 (conditions générales relatives au bail d'habitation, ROZ 2003) ont été déclarées applicables audit contrat de bail.
4. L'une de ces conditions est formulée comme suit:

«Clause pénale

20.1 Le preneur est réputé en défaut du seul fait de l'expiration d'un certain délai.

20.2 Dans chaque cas où le preneur est en défaut de paiement à échéance de la totalité d'une somme d'argent, il devient débiteur d'un intérêt de 1 % par mois sur la somme due au principal, courant de la date d'échéance jusqu'au paiement intégral de la somme due au principal. En outre, un mois entamé est considéré comme un mois entier.

20.3 Si l'une des parties est responsable d'un non-respect d'une quelconque obligation qui lui incombe conformément à la loi et/ou au contrat de bail et que l'autre partie doit dès lors prendre des mesures judiciaires et/ou extrajudiciaires, la partie défaillante supporte tous les frais qui en résultent.

20.4 Dans le cas où le manquement consiste dans le paiement tardif d'une somme d'argent et où des frais extrajudiciaires liés à l'encaissement de celle-ci doivent être réalisés, ces frais sont fixés à au moins 15 % du montant dû, avec un minimum de 125 euros. Dans le cas où l'encaissement extrajudiciaire est effectué par un agent mandaté ou, le cas échéant, un conseil, ces montants sont majorés de la taxe sur le chiffre d'affaires due par le bailleur à son agent mandaté ou, le cas échéant, son conseil, sur les frais d'encaissement extrajudiciaires.

20.5 Le droit au remboursement des frais extrajudiciaires ne prend naissance qu'après que la partie défaillante est mise en demeure par écrit par l'autre partie, fixant ainsi un délai raisonnable de mise en conformité, et que cette dernière n'a pas lieu dans ce délai.

20.6 Le preneur doit au bailleur une pénalité directement exigible de 25 euros par jour civil au titre de l'inexécution ou de la violation de toute obligation [...], sans préjudice de son obligation d'exécuter l'obligation en cause et sans préjudice des autres droits du bailleur à des dommages-intérêts ou autres. Ce montant est fixé sur la base de l'indice des prix du 1^{er} janvier 2003 et est indexé annuellement dès le 1^{er} janvier 2004¹.»

5. Le loyer du contrat de bail s'élève initialement à 875 euros par mois et, à partir du 1^{er} juillet 2008, à 894,25 euros, à la suite de l'indexation.
6. M. Asbeek Brusse n'a pas payé l'augmentation de loyer. Il a payé pour le mois de février 2009 un total de 190 euros à titre de loyer. Il n'a ensuite plus payé de loyer.
7. Le 3 juillet 2009, Jahani BV a cité M. Asbeek Brusse en justice.
8. Jahani BV a demandé, en résumé, la résiliation du contrat de bail avec ordre de libérer les lieux. Ensuite, Jahani a demandé la condamnation de M. Asbeek Brusse au paiement d'un montant total de 13 897,09 euros qui, selon le relevé qui est joint à l'acte introductif d'instance à l'annexe 3, est ventilé comme suit:
 - 5 365,50 euros à titre de loyer^{2,3},
 - 156,67 euros à titre d'intérêts contractuels déjà échus,
 - 96,25 euros à titre de loyer suite à l'indexation,
 - 4 525 euros à titre de pénalités pour non-paiement de loyer,
 - 3 800 euros à titre de pénalités pour non-paiement de l'indexation de loyer,
 - 658,67 euros de frais extrajudiciaires,
 moins 1 065 euros déjà payés.
9. Par jugement du 21 octobre 2009, le juge en première instance a fait droit aux demandes de Jahani BV.
10. En appel, M. Asbeek Brusse invoque des moyens en vue de la modération de la pénalité due. Il invoque, en résumé, à cet égard la disproportion entre, d'une part, la

¹ Soulignement ajouté

² La juridiction de renvoi précise que la somme concernant le loyer et les pénalités dus pour les mois de mars à juin 2009 compris n'est pas correcte (90 euros en trop chaque mois).

³ L'arriéré de loyer est calculé jusqu'en juin 2009 compris.

pénalité due et, d'autre part, le préjudice subi par le bailleur en raison du paiement tardif.

11. Dans la présente affaire, la clause pénale visée à l'article 20.6 des conditions générales relatives au bail d'habitation ROZ 2003 constitue l'objet du litige. La clause pénale fait partie d'un contrat de bail relatif à un lieu d'habitation.

2. LA QUESTION PRÉJUDICIELLE

12. Dans le cadre de la procédure décrite ci-dessus, le Gerechtshof te Amsterdam a posé les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice, par arrêt du 13 septembre 2011:

«Question 1

Un bailleur professionnel d'habitations qui loue une habitation à un particulier peut-il être qualifié de vendeur [de biens] ou de prestataire de services au sens de la directive? Un contrat de bail entre un bailleur professionnel et un preneur non professionnel relève-t-il du champ d'application de la directive?

Question 2

La circonstance selon laquelle l'article 6 de la directive doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales ayant, au sein de l'ordre juridique interne, le caractère de normes d'ordre public confère-t-elle, dans le cadre d'un litige entre particuliers, le caractère de norme d'ordre public à la législation nationale de transposition relative aux clauses abusives, de sorte que le juge national, tant en première instance qu'en cause d'appel, a le pouvoir et l'obligation d'examiner d'office (et, partant, également ultra petita) une clause contractuelle au regard de la législation nationale de transposition et de déclarer la nullité de ladite clause s'il conclut au caractère abusif de cette dernière?

Question 3

Est-il conforme à l'effet utile du droit [de l'Union] que le juge national n'écarte pas l'application d'une clause pénale constituant une clause abusive au sens de la directive, mais modère uniquement le montant de la pénalité en application de la législation nationale, si un particulier a effectivement invoqué le pouvoir modérateur du juge, mais pas la possibilité d'annuler la clause?»

3. LA LÉGISLATION

3.1. La réglementation de l'Union

13. Pour ce qui concerne la présente affaire, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95 du 21 avril 1993, p. 29) (ci-après la «directive 93/13») dispose ce qui suit:

«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.

(...)

3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.

Article 6

1. Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres.

ANNEXE

CLAUSES VISÉES À L'ARTICLE 3, PARAGRAPHE 3

1. Clauses ayant pour objet ou pour effet:

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

3.2. Les dispositions nationales néerlandaises

14. La directive est mise en œuvre aux Pays-Bas dans le régime relatif aux conditions générales qui est repris aux articles 6:231 à 247 inclus du Burgerlijk Wetboek (le Code civil néerlandais, ci-après le «BW»); l'annexe de la directive n'y est pas reprise telle quelle, mais des listes libellées différemment ont été établies (les articles 6:236 et 237 BW). La clause visée à l'annexe sous e) n'est pas reprise telle quelle dans les articles 6:236 et 237 BW.
15. La règle générale visée à l'article 6:233, ab initio et sous a), BW énonce ce qui suit:

«Une clause figurant dans des conditions générales peut être annulée⁴

a. si elle constitue une charge excessive pour l'autre partie, compte tenu de la nature et du contenu du contrat, de la manière dont les conditions sont nées et des intérêts réciproques évidents des parties et des autres circonstances de l'espèce;»

16. L'obligation d'adopter une interprétation conforme à la directive implique que, dans le cas de contrats conclus avec des consommateurs, il soit tenu compte de la directive lors de l'application de la règle générale.
17. L'article 6:233 BW, qui transpose manifestement l'article 3, paragraphe 1, et l'article 6, paragraphe 1, de la directive, ne prévoit pas une nullité de plein droit, mais une sanction résidant dans la possibilité d'annuler.
18. Cela signifie qu'une clause contractuelle est valable sous réserve que les conditions soient réunies pour que le consommateur puisse invoquer avec succès le caractère excessivement lourd de la clause. Dès lors, le juge national ne peut en principe pas écarter l'application de la clause si le consommateur n'invoque pas son annulabilité. On pourrait conclure d'une jurisprudence récente du Hoge Raad que le juge national suprême n'est pas tenu d'effectuer d'office un examen au regard des dispositions de l'article 6:233, ab initio et sous a), BW.
19. Conformément à la disposition de l'article 3:40 BW, le juge national peut cependant effectivement annuler une clause qui est en contradiction avec les bonnes mœurs, l'ordre public ou une disposition légale impérative, sachant que, dans le cas d'une disposition légale impérative qui vise uniquement la protection d'une des parties à un contrat, il s'agit [seulement] de la possibilité d'annuler, pour autant qu'il ne découle pas de la portée de la disposition qu'il doit en être autrement. Ledit article dispose ce qui suit:

«1. Un acte juridique dont le contenu ou la portée est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public est nul.

2. La violation d'une disposition légale contraignante entraîne la nullité de l'acte juridique, ou seulement, si la disposition vise uniquement la protection d'une des parties à un acte multilatéral, la possibilité d'annulation de l'acte, pour autant qu'il ne découle pas de la portée de la disposition qu'il doit en être autrement.

⁴ Soulignement ajouté.

3. Le paragraphe précédent ne concerne pas les dispositions légales qui n'ont pas pour objet d'affecter la légalité des actes juridiques qui y sont contraires.»

20. Enfin, l'article 6:237, sous i), énonce ce qui suit:

«Dans le cas d'un contrat conclu entre une partie et un cocontractant, personne physique, qui n'agit pas dans l'exercice d'une activité professionnelle, constitue une charge excessive une clause figurant dans les conditions générales et ...

i. qui, lorsqu'il est mis fin au contrat pour un motif autre que le fait que le cocontractant ait manqué à ses obligations, oblige le cocontractant à payer une somme d'argent, sous réserve qu'il s'agisse d'une indemnisation raisonnable pour la perte ou le manque à gagner subi par l'autre partie...»

4. EN DROIT

Remarque introductive

21. Au point 5.4 de son arrêt de renvoi, la juridiction a quo observe qu'aux fins de l'application de l'article 2 de la directive, il peut être considéré comme acquis dans la présente affaire que, à l'égard de la location de l'habitation concernée, Jahani BV agit dans le cadre de son activité professionnelle de droit privé et M. Asbeek Brusse à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.

La réponse à la première question préjudicielle

22. La première question est composée de deux parties. La Commission répondra d'abord à la question posée dans la seconde partie, car celle-ci a une portée plus générale. Par la seconde partie de la première question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si un contrat de bail entre un bailleur professionnel et un preneur non professionnel relève du champ d'application de la directive 93/13.

23. Il convient de répondre aux deux parties de cette question par l'affirmative.

24. Bien que les contrats de bail ne soient pas expressément mentionnés dans la directive 93/13, la Commission estime qu'il n'existe pas de motif valable pour exclure ce type de contrats du champ d'application de la directive.

25. Pour commencer, le champ d'application de la directive 93/13 est très large, ce qui peut être déduit des considérants et, notamment, des suivants (soulignement ajouté):

«considérant que, en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives [sixième considérant];

considérant que les vendeurs de biens et les prestataires de services seront, de cette façon, aidés dans leur activité de vente de biens et des prestations de services, à la fois dans leur propre pays et dans le marché intérieur [septième considérant];

considérant que les deux programmes communautaires pour une politique de protection et d'information des consommateurs (4) ont souligné l'importance de la protection des consommateurs dans le domaine des clauses contractuelles abusives; que cette protection doit être assurée par des dispositions législatives et réglementaires, soit harmonisées au niveau communautaire, soit prises directement à ce niveau [huitième considérant];

considérant que, selon le principe énoncé dans ces deux programmes, sous le titre «protection des intérêts économiques des consommateurs», les acquéreurs de biens ou de services doivent être protégés contre les abus de puissance du vendeur ou du prestataire, en particulier contre les contrats d'adhésion et l'exclusion abusive de droits essentiels dans les contrats [neuvième considérant];

considérant qu'une protection plus efficace du consommateur peut être obtenue par l'adoption de règles uniformes concernant les clauses abusives; que ces règles doivent s'appliquer à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur [dixième considérant, première partie] ...»

26. Ensuite, les considérants ne citent pas les contrats de bail et de location parmi les catégories de contrats qui sont notamment exclus du champ d'application de la directive:

«que, par conséquent, sont notamment exclus de la présente directive les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs, les contrats relatifs au statut familial ainsi que les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés [dixième considérant, deuxième partie] ...»

27. En ce qui concerne la première partie de la première question posée par la juridiction de renvoi – à savoir si un bailleur professionnel d'habitations qui loue une habitation à un particulier peut être qualifié de vendeur [de biens] ou de prestataire de services au sens de la directive 93/13 –, on peut déduire des considérants précités que, même si la version néerlandaise de l'article 2, point c),

de cette directive ne définit que le terme «*verkoper*» («vendeur»)⁵, le «*dienstverrichter*» («prestataire de services») doit en l'espèce également être compris dans cette catégorie.

28. Enfin, la jurisprudence de la Cour souligne également la nécessité d'envisager de manière large le champ d'application de la directive 93/13, au motif que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne le pouvoir de négociation. Telle est la déduction qui peut être tirée de l'arrêt de la Cour du 9 novembre 2010 dans l'affaire C-137/08, *Pénzügyi Lízing*:

«29 [...] le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci [...]

30 Eu égard à une telle situation d'infériorité, l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive prévoit que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence, il s'agit d'une disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers [...]

31 Afin d'assurer la protection voulue par la directive 93/13, la Cour a également souligné à plusieurs reprises que la situation d'inégalité existant entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat [...]

32 C'est à la lumière de ces principes que la Cour a ainsi jugé que le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle [...]»

29. Eu égard à ce qui précède, la Commission considère qu'un contrat de bail entre un bailleur professionnel et un preneur non professionnel relève du champ d'application de la directive et qu'un bailleur professionnel d'habitations qui loue une habitation à un particulier peut être qualifié de vendeur [de biens] ou de prestataire de services au sens de la directive 93/13.

⁵ La version néerlandaise comprend le terme «*verkoper*» (vendeur), tandis que les versions française et anglaise indiquent, de manière beaucoup plus neutre, respectivement «*professionnel*» et «*seller or supplier*».

La réponse à la deuxième question préjudicielle

30. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si la circonstance selon laquelle l'article 6 de la directive 93/13 doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales ayant, au sein de l'ordre juridique interne, le caractère de normes d'ordre public confère, dans le cadre d'un litige entre particuliers, le caractère de norme d'ordre public à la législation nationale de transposition relative aux clauses abusives, de sorte que le juge national, tant en première instance qu'en cause d'appel, a le pouvoir et l'obligation d'examiner d'office (et, partant, également *ultra petita*) une clause contractuelle au regard de la législation nationale de transposition et de déclarer la nullité de ladite clause s'il conclut au caractère abusif de cette dernière.
31. Cette question découle des caractéristiques de la procédure civile néerlandaise, au sujet de laquelle la juridiction de renvoi déclare ce qui suit.
32. Aux Pays-Bas, dans une procédure en appel, le système de griefs s'applique. Le système de griefs consiste, en résumé, en ce que la juridiction d'appel peut statuer sur le litige uniquement dans les limites des griefs qui lui sont présentés. Ce sont dès lors les griefs qui définissent le litige en appel. En outre, les parties peuvent invoquer des griefs contre le jugement du tribunal uniquement dans leurs premières conclusions en appel. La juridiction d'appel ne peut en principe pas tenir compte des griefs invoqués plus tard dans la procédure. La juridiction d'appel doit cependant appliquer d'office les dispositions d'ordre public, également au-delà des griefs.
33. Dans la présente affaire, le recours et les griefs portent sur la clause pénale, mais pas sur la question de savoir si ladite clause est excessivement lourde (abusive) et, partant, si elle est annulable. Par conséquent, la juridiction a quo en tant que juridiction d'appel ne peut pas se prononcer à ce sujet étant donné les limites du système de griefs décrites ci-dessus. Il pourrait en être autrement, toujours selon la juridiction de renvoi, si les dispositions légales en cause devaient être considérées comme relevant de la norme de l'article 6 de la directive et ainsi relever de l'ordre public. Dans ce cas, il peut être soutenu que l'intérêt public exige que la juridiction d'appel agisse d'office et que le principe d'équivalence exige que la juridiction d'appel puisse et doive examiner d'office si la clause est abusive, comme elle peut et doit le faire à l'égard des règles nationales d'ordre public. La juridiction d'appel

- pourrait, suite à cet examen, constater la nullité de plein droit de la clause indépendamment de la question de la possibilité d'annulation (point 5.7.3 de l'arrêt de renvoi).
34. En effet, au point 5.6.2 de l'arrêt de renvoi, la juridiction a quo a précisé que l'article 6:233 BW ne prévoit pas une nullité de plein droit, mais une sanction résidant dans la possibilité d'annuler. Cela signifie qu'une clause contractuelle est valable sous réserve que les conditions soient réunies pour que le consommateur puisse invoquer avec succès le caractère excessivement lourd de la clause. Dès lors, le juge national ne peut pas, en principe, écarter l'application de la clause incriminée si le consommateur n'invoque pas sa nullité.
 35. La Commission estime qu'il convient de répondre à la deuxième question posée par la juridiction a quo par l'affirmative, car la juridiction nationale et, en particulier, la juridiction a quo, doit assurer l'effet utile de la protection voulue par les dispositions de la directive (arrêt du 4 juin 2009 dans l'affaire C-243/08, *Pannon GSM*, Rec. 2009, p. I-4713, point 32).
 36. La Commission remarque tout d'abord qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour que l'obligation imposée aux États membres en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 vise à accorder un droit au citoyen, dans son rôle de consommateur, et définit le résultat auquel tend la directive. En effet, le système de protection mis en œuvre par ladite directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci (voir notamment arrêt précité *Pannon GSM*, points 21 et 22).
 37. Ainsi la Cour a également jugé à plusieurs reprises qu'eu égard à une telle situation d'infériorité, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 prévoit que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence, il s'agit d'une disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers (arrêt, déjà cité, dans l'affaire C-243/08, *Pannon GSM*, Rec. 2009, p. I-4713, point 25, ou arrêt du 6 octobre 2009 dans l'affaire C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, Rec. 2009, p. I-9579, point 30).

38. Dans son arrêt du 9 novembre 2010 dans l'affaire C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt*, non encore publié au Recueil, points 51 et 56, la Cour a ajouté ce qui suit⁶:

«51 Afin de garantir l'efficacité de la protection des consommateurs voulue par le législateur de l'Union, le juge national doit donc, dans tous les cas et quelles que soient les règles de droit interne, déterminer si la clause litigieuse a fait ou non l'objet d'une négociation individuelle entre un professionnel et un consommateur.

56 [...] que le juge national doit prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si une clause attributive de compétence juridictionnelle territoriale exclusive figurant dans le contrat faisant l'objet du litige dont il est saisi, et qui a été conclu entre un professionnel et un consommateur, entre dans le champ d'application de la directive et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause.»

39. En effet, dans l'arrêt *Pannon*, point 35, la Cour ne s'était pas contentée à cet égard de remarquer que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet.

40. Mais la Cour avait également affirmé au même point que le juge:

«[l]orsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose⁷ [...]»

41. Il convient en outre de préciser que la Cour a expressément affirmé à ce sujet que cette obligation d'examen s'adresse au juge national, dans tous les cas et quelles que soient les règles de son droit interne.

42. Comme il a déjà été indiqué, le juge national est en effet appelé à assurer l'effet utile de la protection voulue par les dispositions de la directive. Par conséquent, le rôle qui est attribué par le droit de l'Union au juge national dans le domaine considéré ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet (voir arrêt *Pannon*, point 32).

⁶ Soulignement ajouté

⁷ *Ibid.*

43. Bien entendu, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, le principe de l'autonomie procédurale des États membres s'applique. Cependant, la Cour a fixé certaines limites à cette liberté. Ainsi, les modalités de mise en œuvre ne doivent pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)⁸.
44. La Cour a déjà eu, à plusieurs reprises, l'occasion de se prononcer sur l'application de ces deux principes par rapport à la protection des consommateurs.
45. En ce qui concerne le *principe d'effectivité*, la Cour a déjà jugé que chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure⁹.
46. En outre, comme il a déjà été expliqué, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour que le juge national est appelé à assurer l'effet utile de la protection voulue par les dispositions de la directive. Par conséquent, il est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et doit, au besoin, écarter cette clause.
47. En ce qui concerne, en second lieu, le *principe d'équivalence*, la Cour a déjà déclaré (voir notamment arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*, point 49) que celui-ci ne requiert pas seulement que les conditions imposées par le droit national pour soulever d'office une règle de droit communautaire ne soient pas moins favorables que celles régissant l'application d'office de règles du même rang de droit interne.

⁸ Arrêt précité, *Asturcom Telecomunicaciones*, point 38

⁹ *Ibid.*, point 39

48. Il est également constant que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 constitue une disposition de caractère impératif et, selon la jurisprudence de la Cour, cette directive, dans son intégralité, constitue, conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous t), CE, une mesure indispensable à l'accomplissement des missions confiées à l'Union européenne et, en particulier, au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de cette dernière (voir arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*, point 51).
49. Il n'est dès lors pas surprenant que la Cour ait affirmé au point 52 de l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*:
- «Ainsi, étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13 assure aux consommateurs, il y a lieu de constater que l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public.¹⁰»*
50. La Cour conclut ainsi au sujet d'une clause arbitrale contenue dans un contrat type que, dans la mesure où le juge national, saisi d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale définitive, doit, selon les règles de procédure internes, apprécier d'office la contrariété entre une clause arbitrale et les règles nationales d'ordre public, il est également tenu d'apprécier d'office le caractère abusif de cette clause au regard de l'article 6 de ladite directive, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet.
51. Au vu de ce qui précède, le juge de renvoi conclut que, en sa qualité de juge national et dans le cadre des fonctions qui lui incombent en vertu de la directive 93/13, il doit vérifier si la clause pénale entre dans le champ d'application de la directive et, dans l'affirmative, apprécier d'office cette clause au regard des exigences de protection du consommateur prévues par la directive 93/13 (point 5.7.1 de l'arrêt de renvoi).
52. Il s'interroge toutefois sur la portée de cette obligation (point 5.7.1 de l'arrêt de renvoi). Ces doutes ont conduit à sa deuxième question.
53. Comme il a déjà été indiqué, la Cour a confirmé à plusieurs reprises qu'eu égard à la situation d'infériorité des consommateurs, l'article 6, paragraphe 1, de la

¹⁰ Soulignement ajouté

- directive 93/13 prévoit que les clauses abusives ne les lient pas. L'article 6 est une disposition impérative qui vise à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants, un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers. Le juge national doit donc, dans tous les cas et quelles que soient les règles de droit interne, déterminer si la clause litigieuse a fait ou non l'objet d'une négociation individuelle entre un professionnel et un consommateur et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause.
54. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, les dispositions procédurales nationales empêchent le juge d'appel d'examiner le caractère abusif d'une disposition contractuelle, si ce point n'a pas été porté devant le juge de première instance, cette limitation devra être appréciée, comme expliqué ci-dessus, au regard du principe d'effectivité et du principe d'équivalence.
55. Il s'agit tout d'abord de savoir si les dispositions nationales néerlandaises, telles que citées au point 3.2 ci-dessus, doivent être considérées comme transposant dans l'ordre juridique national l'article 3, paragraphe 1 et, en particulier, l'article 6 de la directive 93/13. La juridiction nationale part du principe que tel est le cas (points 5.6.1 et 5.6.2 de l'arrêt de renvoi). La Commission ne voit pas de raison de mettre en doute ce point de vue.
56. Ensuite, conformément au point 52 de l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public.
57. Ainsi, dans une telle situation, le juge d'appel néerlandais doit se prononcer d'office, comme pour les normes nationales d'ordre public. Le principe d'équivalence oblige le juge d'appel, conformément à l'article 3:40 BW, à examiner d'office si, par son contenu ou sa portée, la clause contractuelle litigieuse est contraire à l'ordre public.
58. Si tel est effectivement le cas, à la suite de cet examen, le juge d'appel conclura à la nullité de la clause contractuelle abusive. Dans ce contexte, le juge national doit écarter la clause bien que le consommateur n'ait pas fait valoir son annulabilité.

59. Eu égard à ce constat, il n'est plus nécessaire d'examiner si les dispositions procédurales néerlandaises sont conformes au principe d'effectivité.
60. Par conséquent, la Commission conclut que l'article 6 de la directive doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales ayant, au sein de l'ordre juridique interne, le caractère de normes d'ordre public, raison pour laquelle, dans le cadre d'un litige entre particuliers, la législation nationale de transposition relative aux clauses abusives a le caractère de norme d'ordre public, de sorte que le juge national, tant en première instance qu'en cause d'appel, a l'obligation d'examiner d'office une clause contractuelle au regard de la législation nationale de transposition et de déclarer la nullité de ladite clause s'il conclut au caractère abusif de cette dernière.

La réponse à la troisième question préjudicielle

61. Pour rappel, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 dispose ce qui suit:

«Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.»

62. Le 21^e considérant, formulé dans des termes presque identiques à ceux de l'article 6, paragraphe 1, confirme que les clauses abusives ne lient pas le consommateur.

63. Le point 35 de l'arrêt *Pannon* indique donc que *«Lorsqu[e le juge national] considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose»*.

64. Par ailleurs, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 ne prévoit pas que le juge national doive adapter ou modérer une clause abusive ou la remplacer par une norme plus équilibrée. Au contraire, cette disposition énonce qu'à l'exception de la clause abusive, le contrat reste, en principe, contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. En déclarant, d'une part, dans l'intérêt du consommateur, que la clause abusive ne le lie pas et, d'autre part, qu'à l'exception de la clause abusive, le contrat reste, en principe, contraignant pour les parties selon les mêmes termes, le législateur de l'Union a voulu donner un effet dissuasif à cette disposition. Celle-ci vise dès lors à sanctionner la partie qui est responsable de l'existence de la clause abusive.

65. Par conséquent, l'article 6, paragraphe 1, ne prévoit pas que l'intervention du juge national doive contribuer à rééquilibrer les obligations des parties au contrat. Au contraire, cette disposition tend à créer un léger avantage pour le consommateur lésé.

66. Cela est logique car, si la seule sanction à laquelle l'utilisateur d'un contrat type pouvait s'attendre en cas d'existence d'une clause abusive était la modération ou le remplacement de la clause par une autre plus équilibrée, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 n'aurait qu'un très faible effet dissuasif. En effet, dans le pire des cas pour l'utilisateur concerné, l'intervention du juge national entraînerait

- uniquement l'application d'une clause qui aurait dû figurer dans le contrat dès le début.
67. En pareil cas, l'utilisateur d'un contrat type contenant une telle clause ne court aucun risque tant que le caractère abusif de cette clause n'a pas été constaté et, de surcroît, la sanction infligée est minimale. Une telle approche ne saurait guère être considérée comme décourageant l'insertion de clauses abusives dans les contrats types. C'est la conclusion inverse qui semble davantage s'imposer. Ce point de vue dénature toutefois le texte de l'article 6 et compromet le résultat qu'il vise.
 68. La Commission est également d'avis que la présence des mots «*dans les conditions fixées par leurs droits nationaux*» ne modifie en rien son analyse. Elle estime que ces mots indiquent uniquement le fait qu'étant donné la diversité des traditions juridiques existantes, l'article 6 de la directive 93/13 peut être transposé différemment d'un État membre à l'autre dans la législation nationale. En fonction de l'État membre, les sanctions civiles peuvent varier selon que la clause abusive contestée est déclarée inexistante, nulle, annulable, sans effet ou inapplicable.
 69. L'ordonnance du 16 novembre 2010 dans l'affaire C-76/10, *Pohotovost*, qui concernait un contrat type imposant des frais excessifs en cas non-exécution d'une obligation, confirme la jurisprudence antérieure de la Cour¹¹.
 70. À cette occasion, la Cour n'a pas suggéré à la juridiction nationale d'atténuer ni de modérer la clause jugée abusive, ni de la remplacer par une autre plus équilibrée. Au contraire, elle a affirmé que, dans une telle situation, il incombe à cette juridiction de tirer toutes les conséquences qui en découlent selon le droit national afin de s'assurer que ce consommateur n'est pas lié par ladite clause.
 71. En outre, l'approche de la Commission est conforme à la jurisprudence existante relative à l'effet dissuasif voulu de l'article 6. Ainsi, il ressort de l'arrêt *Mostaza Claro* (C-168/05), au point 27, que la faculté pour le juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause constitue un moyen propre à atteindre le résultat fixé à l'article 6 de la directive, étant donné qu'un tel examen peut avoir un effet dissuasif concourant à faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

72. La Commission a également défendu cette approche dans l'affaire C-618/10, *Banco Español*, pendante devant la Cour.
73. Enfin, la Commission fait observer qu'elle est consciente que, dans la mesure où ils doivent être pris en considération, les faits de la présente affaire ne sont pas identiques à ceux de l'affaire *Pannon*. En effet, dans l'affaire *Pannon*, le consommateur lésé s'est opposé à l'utilisation d'une clause abusive. Il connaissait les droits que lui confère la directive 93/13 en cas de clause abusive. Il en va autrement dans la présente affaire dans laquelle le consommateur n'était – manifestement – pas au courant de ses droits en vertu de la directive 93/13, à savoir la possibilité d'invoquer l'annulabilité de la clause, mais connaissait uniquement le pouvoir modérateur accordé au juge par la législation nationale. Toutefois, à la lumière de l'analyse développée ci-dessus concernant les deuxième et troisième questions posées par la juridiction a quo, la Commission estime que cela ne modifie en rien la conclusion finale.
74. En conséquence, la Commission conclut qu'il n'est pas conforme à l'effet utile du droit de l'Union que le juge national n'écarte pas l'application d'une clause pénale constituant une clause abusive au sens de la directive, mais modère uniquement le montant de la pénalité en application de la législation nationale, si un particulier a effectivement invoqué le pouvoir modérateur du juge, mais pas la possibilité d'annuler la clause.

¹¹ Voir en ce sens l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*, point 59

5. CONCLUSIONS

75. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission propose à la Cour d'apporter les réponses suivantes aux questions préjudicielles qui lui ont été posées:

«Question 1

Un contrat de bail entre un bailleur professionnel et un preneur non professionnel relève du champ d'application de la directive. Un bailleur professionnel d'habitations qui loue une habitation à un particulier peut être qualifié de vendeur [de biens] ou de prestataire de services au sens de la directive.

Question 2

L'article 6 de la directive doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales ayant, au sein de l'ordre juridique interne, le caractère de normes d'ordre public, raison pour laquelle, dans le cadre d'un litige entre particuliers, la législation nationale de transposition relative aux clauses abusives a le caractère de norme d'ordre public, de sorte que le juge national, tant en première instance qu'en cause d'appel, a l'obligation d'examiner d'office une clause contractuelle au regard de la législation nationale de transposition et de déclarer la nullité de ladite clause s'il conclut au caractère abusif de cette dernière.

Question 3

Il n'est pas conforme à l'effet utile du droit de l'Union que le juge national n'écarte pas l'application d'une clause pénale constituant une clause abusive au sens de la directive, mais modère uniquement le montant de la pénalité en application de la législation nationale, si un particulier a effectivement invoqué le pouvoir modérateur du juge, mais pas la possibilité d'annuler la clause.»

Michel van BEEK

Marta OWSIANY—HORNUNG

Agents de la Commission