



GUIDE PRATIQUE POUR LES ENTREPRISES

LES CLAUSES ABUSIVES

Mise à jour 12 avril 2018

Introduction

La loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016 relative à la protection des consommateurs, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée de la Polynésie française le 23 juin 2016, instaure un dispositif de lutte contre les clauses abusives.

À compter du **1^{er} février 2017**, date d'entrée en vigueur de la loi du pays et de ses arrêtés d'application, **tous les nouveaux contrats** qui comportent des clauses abusives peuvent se voir censurés.

Pour les **contrats en cours**, toutes les clauses abusives doivent être supprimées avant le **1^{er} août 2017**.

L'arrêté n° 1659/CM du 27 octobre 2016 relatif à la protection des consommateurs contre les clauses abusives fixe la liste des clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels.

Ce guide a pour finalité :

- d'informer les entreprises sur la réglementation ;
- d'accompagner les entreprises pour l'application de la réglementation, notamment lors de l'élaboration de nouveaux contrats à destination des consommateurs ;
- d'aider les professionnels à identifier les éventuelles clauses abusives dans leurs contrats actuels.

N. B. : La réglementation applicable en Polynésie française s'inspire des dispositions métropolitaines.

La jurisprudence, les avis et recommandations de la commission des clauses abusives métropolitaine, cités dans ce guide, peuvent par conséquent servir de référence.

Les textes applicables en Polynésie française¹ sont consultables le site Lexpol.

¹ Cf. liste des sites recommandés

Sommaire

Introduction	3
Sommaire	4
Titre 1. La notion de clause abusive.....	5
Titre 2. La liste réglementaire des clauses abusives	8
Titre 3. Les recommandations de rédaction d'une clause	14
Titre 4. Sort des clauses abusives.....	16
Titre 5. Sanctions	18
Annexe 1 - Les dispositions de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016 relative à la protection des consommateurs visant les clauses abusives	19
Annexe 2 - Liste des clauses abusives visées par l'arrêté n° 1659/CM du 27 octobre 2016 ...	20
Annexe 3 - Liste des avis de la commission des clauses abusives.....	23
Annexe 4 - Liste des recommandations de la commission des clauses abusives.....	24
Bibliographie	26
Sites recommandés	27

Titre 1. La notion de clause abusive

Rappel de la loi du pays

L'article LP. 6, alinéa 1^{er} de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016 énonce :

« 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. »

Contrats concernés

« Dans les contrats... »

Tous les contrats sont concernés :

- a) *quelle que soit la forme du contrat* : bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux, bons de livraison, contrat papier ou électronique, billets (de transports, de théâtre), tickets de caisse, de dépôt... ;
- b) *quel que soit le support du contrat* : papier, électronique... ;

Un contrat électronique conclu par Internet est un contrat écrit.

- c) *quelle que soit sa nature* : vente, location, dépôt, prêt, assurance, transport... ;
- d) *quel que soit son objet* : mobilier ou immobilier ;
- e) *qu'il s'agisse de contrat d'adhésion² ou non* ;
- f) *quel que soit l'emplacement des clauses du contrat* : conditions générales de vente, conditions particulières, note de bas de page...

Les documents publicitaires ou promotionnels sont exclus du champ contractuel et donc de la réglementation relative aux clauses abusives.

Personnes visées

« ... conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs... »

- **Professionnels** : ce sont les **personnes physiques ou morales** qui exerce une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale, agricole ou autre.
- **Consommateurs** : ce sont les personnes physiques qui contractent pour des **besoins personnels ou familiaux**.

Le consommateur est défini à l'article LP. 1^{er} de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016.

« Est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. »

² Contrats d'adhésion : contrats rédigés par la partie qui offre ses produits ou ses services et auxquels le consommateur adhère sans possibilité de négocier telle ou telle clause.

Une personne morale n'est pas un consommateur.

➤ *Non-professionnels :*

En Polynésie française, il n'y a pas de définition du non-professionnel dans la réglementation. Pour la jurisprudence, est un non-professionnel celui qui, tout en agissant dans le cadre de sa profession, conclut un **contrat sortant de sa spécialité**.

Par exemple, un syndicat de copropriétaires, de salariés ou une association, peuvent bénéficier de la protection contre les clauses abusives en qualité de non-professionnels.

La définition de professionnel permet d'admettre qu'un non-professionnel est une **personne physique ou morale qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle**.

La notion de non-professionnel n'exclue donc pas les personnes morales.

Il faut alors rechercher si le contrat a un « **rapport direct** » avec l'activité professionnelle exercée par le contractant et si le contrat est **accessoire**.

Le non-professionnel est la personne physique ou morale qui conclut un contrat de fourniture de biens ou de services n'ayant pas de rapport direct avec l'activité professionnelle qu'elle exerce, même si le contrat est conclu pour les besoins de l'entreprise.

Est par exemple considéré comme un non-professionnel l'exploitant d'un salon de coiffure ayant conclu un contrat de télésurveillance.

En bref

Toute personne qui conclut un contrat peut invoquer l'article 6 de la loi du pays dès lors qu'elle agit en qualité de consommateur, même si elle est chef d'entreprise. Le chef d'entreprise ou celui qui exerce une profession libérale qui ne conclue pas ce contrat en vue d'accroître son chiffre d'affaires, qui agit en lien direct avec son entreprise, peut être considéré comme un consommateur.

En revanche, celui qui agit dans le cadre de ses fonctions de chef d'entreprise ou comme représentant de ce chef d'entreprise, ou qui conclut un contrat **en lien direct** avec son activité professionnelle, celui-là ne peut être considéré comme consommateur.

Clauses concernées

« ... sont abusives les clauses... »

Sont concernées toutes les mentions (imprimées, manuscrites, électroniques), négociées ou non, autres que celles qui définissent l'objet du contrat et son prix initial.

« ... qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur... »

C'est-à-dire directement ou indirectement, clairement ou par ambiguïté, sciemment ou non...

« ... un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. »

La clause doit créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur entre les droits et obligations des parties au contrat.

Le déséquilibre résulte souvent de la combinaison de deux clauses (par exemple : l'une permet au professionnel de résilier le contrat, l'autre interdit au consommateur de le faire) ou, au contraire, de l'absence de clause réciproque. Mais, parfois, la gravité de la clause suffit à déséquilibrer le contrat.

La recherche du déséquilibre significatif ne se fera que pour les clauses qui ne figurent pas dans la liste noire car pour ces clauses il y a une présomption incontestable (irréfragable) de caractère abusif.

En revanche pour les clauses figurant sur la liste grise ou pour celles qui ne figurent ni dans l'une ni dans l'autre liste, c'est le déséquilibre significatif qui sera le critère d'appréciation du caractère abusif de la clause.

Titre 2. La liste réglementaire des clauses abusives

L'arrêté n° 1659/CM du 27 octobre 2016 fixe deux listes de clauses réputées abusives. Il entre en vigueur :

- le 1^{er} février 2017 pour les contrats conclus à compter de cette même date ;
- le 1^{er} août 2017 pour les contrats en cours au 11 août 2016, afin de permettre aux professionnels de retirer les éventuelles clauses abusives.

La liste des clauses noires : les clauses interdites

***LES CLAUSES DE LA LISTE NOIRE SONT TOUJOURS ABUSIVES,
ET DONC INTERDITES***

Sont toujours abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de...	Exemples
1°) Constaté l'adhésion 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 ;	Dans les exclusions de garanties d'un contrat d'assurance : « La liste ci-dessus n'est pas exhaustive et le bailleur et son assureur pourront opposer au locataire l'ensemble des conditions, limitations, exclusions et déchéances figurant dans la police d'assurance qui est à la disposition du locataire au principal établissement du loueur ».
2°) Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;	Dans un contrat de maintenance d'immeuble, une clause qui dispose que le professionnel n'est pas tenu par les engagements faits par les représentants du professionnel à l'occasion d'une opération de dépannage ou d'entretien.
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 ;	Le fournisseur d'accès Internet « ainsi que les tiers fournisseurs se réservent le droit de modifier ou interrompre à tout moment certains aspects du service, y compris des contenus ou services ».
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 ;	« La décision de considérer un événement climatique comme exceptionnel sera prise par la société en fonction des renseignements qu'elle aura pu recueillir, tant sur le plan local qu'auprès des organismes nationaux de météorologie.» Cette clause figurait dans une police d'assurance des véhicules automobiles de tourisme et prévoyait des extensions de garantie « en cas de survenance d'un événement climatique exceptionnel ».

Sont toujours abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de...	Exemples
5°) Contraindre 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 ;	<ul style="list-style-type: none"> – La clause fixant l'échéancier des paiements, dans un contrat d'installation de cuisine. Elle permettait au professionnel d'exiger 95 % du paiement avant de livrer et d'installer la cuisine. – Dans un contrat de télésurveillance, la clause qui oblige le consommateur à poursuivre le paiement des loyers alors que le contrat de télésurveillance est suspendu, résolu ou résilié.
6°) Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;	<ul style="list-style-type: none"> – La clause insérée dans l'acte de vente portant décharge automatique de garantie du vendeur pour non-conformité apparente après expiration du délai d'un mois suivant la prise de possession du bien par l'acquéreur. – La clause prévoyant que les dates de livraison n'étaient données qu'à titre indicatif et qu'un retard ne pourrait constituer une cause de résiliation de la commande, ni ouvrir droit à des dommages-intérêts.
7°) Interdire 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 ;	– La clause précédente entre également dans cette catégorie puisque, dans les mêmes situations, elle interdit au locataire de demander l'annulation de la location.
8°) Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ;	<p>« L'entrepôt [de dépôt-vente] se réserve le droit d'interrompre le contrat sur simple appel téléphonique ou simple courrier, le déposant dispose alors de 72 heures pour enlever ses objets mis à la vente. »</p> <p>La clause a été jugée abusive car le contrat ne donnait pas la même possibilité au consommateur.</p>
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 ;	La clause selon laquelle les forfaits de cours non épuisés ne sont pas remboursables en cas de fermeture du club de sport.
10°) Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel ;	La clause, insérée dans un contrat d'hébergement pour personnes âgées, qui prévoyait que la résiliation à l'initiative de l'établissement s'effectuerait moyennant un préavis d'un mois à compter de l'envoi du courrier, alors que la résiliation à l'initiative du client interviendrait à l'expiration d'un délai de deux mois.

Sont toujours abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de...	Exemples
11°) Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;	La clause d'un contrat de télésurveillance qui prévoit des frais de résiliation à la charge du consommateur.
12°) Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.	Dans un contrat d'assurance, la clause qui dispose que la charge de la preuve des exclusions de garantie incombe à l'assuré.

Conséquences :

Il y a une présomption incontestable de caractère abusif.

- En conséquence, les clauses ci-dessus énumérées seront automatiquement déclarées non écrites par un juge qui ne peut qu'apprécier si le contenu de la clause contractuelle correspond à l'une de celles-ci, et s'il en est ainsi, il devra la déclarer abusive.
- Le professionnel ne peut pas faire la preuve du caractère non abusif de la clause.

La liste des clauses grises : les clauses suspectes

LES CLAUSES DE LA LISTE GRISE SONT PRÉSUMÉES ABUSIVES

Sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de...	Exemples
1°) 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 ;	– Dans un contrat de vente de cuisine aménagée : « Toute commande ne devient définitive qu'après accord de la direction. » – Dans un contrat d'achat de véhicule automobile, qualifié de bon de commande, la clause qui dispose que le contrat ne devient définitif qu'après la signature du directeur de l'établissement.
2°) Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes si c'est le professionnel qui renonce ;	– « Cet acompte restera acquis à l'établissement [d'hébergement de personnes âgées] en cas de dédit quel qu'en soit le motif. » Le contrat ne disait rien, en revanche, sur les conséquences d'un dédit de l'établissement.

Sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de...	Exemples
2°) Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes si c'est le professionnel qui renonce ;	– Dans un contrat concernant une prestation de traiteur pour un mariage, la clause de résiliation qui stipule que toute résiliation par le client d'une commande ou réservation acceptée, qu'elle qu'en soit la cause, entraîne pour celui-ci, la perte de l'acompte au titre de l'indemnité forfaitaire et définitive et irréductible sans prévoir par ailleurs une indemnité du client si la résiliation est à l'initiative du professionnel.
3°) Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;	« Tout adhérent [au club de sport] qui prêterait sa carte d'adhérent sera soumis à une pénalité d'un montant de 540 €. »
4°) Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;	La clause d'une convention de compte bancaire qui stipule que la clôture du compte peut intervenir sur l'initiative de la banque après expiration d'un délai de préavis de cinq jours.
5°) Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ;	La clause d'un contrat de fourniture de gaz de pétrole, qui permet à la société distributrice de procéder à la cession de son contrat sans objection possible du consommateur et sans qu'il soit assuré du maintien de ses droits et obligations contractuels.
6°) Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties (autres que celles relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre qui elles sont des clauses noires) ;	<p>– « À la signature du contrat ou à tout moment pendant la durée du contrat, [l'opérateur de téléphonie mobile] se réserve le droit de demander à l'abonné le versement d'un dépôt de garantie. »</p> <p>– « Les factures sont établies par périodicité mensuelle. Toutefois, [l'opérateur de téléphonie mobile] se réserve la faculté de faire varier cette périodicité après en avoir avisé l'abonné ou d'émettre des factures intermédiaires. »</p> <p>– « Le [club de sport] franchiseur se réserve le droit de modifier les horaires mentionnés ci-dessus. Les adhérents en seront informés par voie d'affichage. »</p> <p>– Dans un contrat de téléphonie mobile la clause qui prévoit que les factures sont établies par périodicité mensuelle mais que toutefois l'opérateur se réserve le droit de faire varier cette périodicité après en avoir avisé l'abonné.</p>

Sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de...	Exemples
7°) Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;	« Les dates de livraison, que nous nous efforçons toujours de respecter, ne sont données toutefois qu'à titre indicatif. »
8°) Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel ;	<p>– « L'opérateur se réserve le droit de suspendre et/ou de résilier immédiatement, de plein droit, sans indemnité, et sans formalités judiciaires, tout abonnement ou service en cas de violation des conditions générales d'utilisation. »</p> <p>– « L'abonné ne pourra résilier l'abonnement qu'en cas de manquement grave de la part de l'opérateur et 30 jours après l'envoi d'une mise en demeure restée sans effet. »</p>
9°) Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ;	Dans une convention de compte bancaire : « En cas de dépôt d'espèces à un guichet automatique, le ticket délivré au client ne fera pas preuve du dépôt et de son montant et la preuve sera uniquement rapportée par l'inventaire réalisé par l'établissement de crédit. »
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.	<p>– « En cas de contestation relative à l'exécution du présent contrat [de location de voiture], le tribunal de commerce de Versailles est seul compétent. »</p> <p>– « L'acheteur [de meubles] dispose d'un délai de 3 jours après celui de la livraison pour formuler sa réclamation. [...] Passé ce délai aucune réclamation ne sera admise. »</p> <p>– Dans un contrat de déménagement, la clause qui limite à trois jours le délai pour effectuer des réclamations en cas de dommages survenus à l'occasion des opérations de déménagement.</p>

Conséquences :

La clause correspondant à l'une des clauses de cette liste est abusive, à moins que le professionnel ne démontre qu'elle ne l'est pas. Le juge appréciera alors s'il y a un déséquilibre significatif de la clause entre les droits et obligations des parties au contrat pour se prononcer sur son caractère abusif.

Ces listes ne sont pas limitatives. D'autres clauses qui ne font pas partie de ces listes peuvent aussi se révéler abusives.

D'autres textes interdisent la présence de certaines clauses dans des contrats. Si celles-ci y figurent, elles sont alors qualifiées de clauses illicites et par conséquent abusives.

Ex : La clause par laquelle le consommateur-vendeur abandonne son droit à rétractation (contrat d'achat de métaux précieux – Art. LP. 49 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016 relative à la protection des consommateurs).

Les dérogations

Les articles 3 et 4 de l'arrêté n° 1659/CM du 27 octobre 2016 prévoit des exceptions aux dispositions des articles 1^{er} et 2.

Deux types de clauses ne peuvent être considérés comme abusives :

- Celles permettant, *dans un contrat à durée indéterminée*, au professionnel d'apporter unilatéralement des modifications liées au prix du bien à livrer ou du service à rendre à la condition que le consommateur en ait été averti dans un délai raisonnable lui permettant, le cas échéant, de résilier le contrat (article 3) ;
- Celles permettant au professionnel d'apporter unilatéralement des modifications au contrat *pour tenir compte des évolutions techniques*, dès lors qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de la qualité et que les caractéristiques auxquelles le non-professionnel ou le consommateur a subordonné son engagement ont pu figurer au contrat (article 4).

Titre 3. Les recommandations de rédaction d'une clause

- **Comparer la clause avec celles énoncées par l'arrêté.**

Si elle figure dans la liste des clauses noires, vous ne devez pas la retenir, sauf si une disposition légale propre à votre secteur a validé une telle clause.

Si elle figure dans la liste des clauses grises, il est préférable d'éviter de retenir une telle clause, sauf si vous êtes en mesure de prouver qu'elle ne crée pas de déséquilibre significatif au détriment du consommateur.

Ces listes ne sont pas limitatives.

- **S'assurer que la clause :**

- **n'a pas déjà été jugée abusive par des tribunaux.** Dans ce cas, il convient de ne pas la reprendre ou de supprimer le déséquilibre créé par cette clause. De nombreuses décisions sont publiées sur le site de la Commission des clauses abusives³. Il est possible d'interroger cette base soit en choisissant un thème soit en tapant un mot clé ;
- **ne figure pas dans une recommandation de la Commission des clauses abusives.** Si elle y figure, éviter de reproduire le déséquilibre créé par cette clause. Ces recommandations n'ont pas de force contraignante pour les professionnels, qui sont libres de les suivre ou non. Elles ne s'imposent pas non plus au juge, mais les tribunaux s'y réfèrent fréquemment.

- **Être précis dans la rédaction de la clause** en listant les cas ou hypothèses dans lesquels la clause s'applique.

Par exemple, il faut éviter la clause suivante qui est trop floue :

« Un dépôt de garantie peut vous être demandé ».

Il est préférable de lister les cas dans lesquels le dépôt de garantie est effectivement demandé :

« Un dépôt de garantie vous sera demandé en cas de mise à disposition du matériel X... ».

- **Privilégier des clauses réciproques** dans lesquelles professionnels et consommateurs ont les mêmes droits et obligations.

Par exemple, il faut éviter la clause suivante :

« Le professionnel pourra suspendre le contrat sans préavis et le consommateur moyennant un préavis d'un mois ».

Il est préférable de « bilatéraliser » la clause et d'écrire :

« Le professionnel et le consommateur pourront suspendre le contrat moyennant un préavis d'un mois dans les hypothèses suivantes : ... ».

- **Éviter d'employer les termes que l'on pourrait qualifier de « autoritaires » ou « discrétionnaires »** qui tendent à démontrer que la clause génère un déséquilibre.

³ Cf. liste des sites recommandés

Par exemple, il faut éviter la clause suivante :

« Le professionnel se réserve le droit de suspendre le contrat sans préavis en cas d'inexécution par le consommateur de l'une quelconque de ses obligations ».

Il est préférable d'écrire la clause suivante :

« Le professionnel pourra suspendre (à la place de « se réserve le droit ») le contrat après avoir alerté le client (à la place de « sans préavis ») en cas d'inexécution par ce dernier de son obligation de paiement (à la place de « l'une quelconque de ses obligations») ».

En respectant l'ensemble de ces conseils, vous réduirez fortement le risque qu'une clause soit considérée ou jugée abusive.

Il faut aussi faire preuve de bon sens dans la rédaction de la clause.

Titre 4. Sort des clauses abusives

Le recours exercé par un consommateur

Si un consommateur estime qu'une des clauses du contrat conclu avec un professionnel est abusive, si le professionnel persiste à vouloir l'appliquer, il peut **agir en justice** pour demander au juge de déclarer illicite la clause en question.

Conséquences :

Si une clause est déclarée abusive, elle sera réputée **non écrite**. On fait comme si elle n'existait pas. Le consommateur peut éventuellement obtenir des dommages-intérêts s'il rapporte la preuve d'un préjudice.

Les pouvoirs d'actions des autorités judiciaires

Dans tous les cas où est invoqué le caractère abusif d'une clause, l'intervention judiciaire est nécessaire. Il n'y a que le juge qui puisse déclarer abusive la clause d'un contrat.

Au cours d'une instance opposant un consommateur à un professionnel, le juge doit **écarter d'office** l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat⁴.

Les pouvoirs d'action de l'administration

Le Président de la Polynésie française (Direction générale des Affaires économiques – DGAE) peut **saisir le juge** civil ou administratif afin de lui demander d'ordonner, éventuellement sous astreinte, de **déclarer une clause abusive** non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés.

Il peut également demander au juge d'ordonner aux frais du professionnel **d'en informer les consommateurs** concernés par tous moyens appropriés⁵.

Le Président de la Polynésie française (DGAE) peut, après une procédure contradictoire, **enjoindre** à tout professionnel de supprimer toute clause illicite⁶.

Les pouvoirs d'action des associations de consommateurs agréées

➤ *L'action en réparation d'un préjudice collectif*

Les articles 1, 3 et 4 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 permettent aux associations de consommateurs agréées d'agir en justice en exerçant les droits reconnus à la partie civile⁷ « *relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* » (art. 1^{er}).

⁴ Article LP. 72 alinéa 2 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

⁵ Article LP. 71 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

⁶ Article LP. 61 alinéa 1 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

⁷ Partie civile : nom donné à la victime d'une infraction ; ici, le consommateur.

L'objet de l'action pénale⁸ est essentiellement répressif et vise autant la condamnation du professionnel à l'origine de l'infraction pénale (art. 3) que l'obtention de dommages et intérêts au titre de la réparation du préjudice collectif (art. 1^{er}).

Conditions :

- une association agréée
- un intérêt collectif des consommateurs

L'association « Te Tia Ara » est la seule association de consommateurs agréée au jour de la parution de ce guide en Polynésie française (Arrêté n° HC 278 DIRAJ/BRE du 8 mars 2016).

Coordonnées :

***Te Tia Ara
BP 61 839 – Faa'a centre
Tél. : 40 82 75 80 Vini : 87 36 18 85
e-mail : tetiaaraconso@yahoo.fr***

Cette action est subordonnée à l'existence d'une infraction pénale : le défendeur (le professionnel) devant la juridiction civile doit avoir commis un délit. L'association peut alors agir dans le cadre d'un procès opposant un consommateur à un professionnel.

➤ ***L'action en suppression des clauses illicites***

Les associations de consommateurs agréées peuvent agir en justice pour demander au juge d'ordonner au professionnel, 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 illicite⁹.

➤ ***Pas d'action en suppression des clauses abusives***

Les associations de consommateurs agréées en Polynésie française n'ont pas la possibilité, comme en métropole, d'introduire une action en suppression des clauses abusives.

Une clause illicite est une clause contraire à un texte législatif ou réglementaire. Autrement dit, elle est illégale et est sanctionnée pénalement.

En revanche, une clause abusive n'est pas forcément contraire à un texte mais, de par son contenu, entraîne un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat.

Dans les deux cas, la saisine du juge est nécessaire pour constater, soit l'illicéité de la clause, soit son caractère abusif.

⁸ Action pénale : action en condamnation et en réparation d'un dommage.

⁹ Article 3 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions de justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs

Titre 5. Sanctions

Sanctions civiles

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

En cas de litige entre un professionnel et un consommateur, le juge devra **déclarer nulles** toutes les clauses abusives qui entrent dans les cas prévus par l'arrêté n° 1659/CM du 27 octobre 2016.

Le contrat lui-même n'est pas remis en cause. Il demeure valide à l'exception de la clause incriminée. Celle-ci est inopposable au consommateur. On fait comme si elle n'existait pas.

Sanctions administratives

➤ *Amende administrative*

Une **amende administrative** sanctionnera l'existence d'une ou plusieurs clauses abusives dans un contrat¹⁰.

Le montant maximum de l'amende est de 350 000 F CFP pour une personne physique et 1 700 000 F CFP pour une personne morale.

La décision prononcée peut être publiée aux frais du professionnel sanctionné¹¹.

➤ *Injonction de suppression*

Le Président de la Polynésie française (DGAE) peut également demander à tout professionnel, en lui laissant un délai raisonnable, de supprimer **toute clause illicite ou interdite**¹². Concrètement, cela revient pour le professionnel à réimprimer les contrats sans les clauses en question.

Cette **injonction** peut faire l'objet d'une mesure de **publicité**¹³.

Si le professionnel refuse de supprimer la clause, une **amende administrative** pourra être prononcée¹⁴.

¹⁰ Article LP. 7 alinéa 1 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

¹¹ Article LP. 66 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

¹² Article LP. 61 alinéa 1 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

¹³ Article LP. 7 alinéa 2 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

¹⁴ Article LP. 61 alinéas 2 et suivants de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016

Annexe 1

Les dispositions de la loi du pays n°2016-28 du 11 août 2016 relative à la protection des consommateurs visant les clauses abusives

Rappel de la loi du pays

Article 6 - Interdiction des clauses abusives

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.

Un arrêté pris en conseil des ministres détermine une liste de clauses présumées 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.

Un arrêté pris en conseil des ministres détermine également 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.

Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil tels qu'applicables en Polynésie française, 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.

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

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 et compréhensible.

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

Annexe 2

Liste des clauses abusives visées par l'arrêté n° 1659/CM du 27 octobre 2016

Liste noire

Article 1^{er}. - Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article LP. 6 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016 relative à la protection des consommateurs, et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- 1°) Constaté l'adhésion 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 ;

Article 3. - *Le 3° de l'article 1er et le 6° de l'article 2 du présent arrêté ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat, lorsqu'il est conclu à durée indéterminée, stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications liées au prix du bien à livrer ou du service à rendre à la condition que le consommateur en ait été averti dans un délai raisonnable pour être en mesure, le cas échéant, de résilier le contrat.*

Article 4. - *Le 3° de l'article 1er et le 6° de l'article 2 du présent arrêté ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications au contrat liées à l'évolution technique, dès lors qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de la qualité et que les caractéristiques auxquelles le consommateur a subordonné son engagement ont pu figurer au contrat.*

- 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 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 consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;
- 7°) Interdire 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 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 consommateur que pour le professionnel ;
- 11°) Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;
- 12°) Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

Liste grise

Article 2. - Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article LP. 6 de la loi du pays n° 2016-28 du 11 août 2016 précitée, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- 1°) 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 ;
- 2°) Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes si c'est le professionnel qui renonce ;
- 3°) Imposer 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 consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits 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 1er du présent arrêté ;

Article 3. - *Le 3° de l'article 1er et le 6° de l'article 2 du présent arrêté ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat, lorsqu'il est conclu à durée indéterminée, stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications liées au prix du bien à livrer ou du service à rendre à la condition que le consommateur en ait été averti dans un délai raisonnable pour être en mesure, le cas échéant, de résilier le contrat.*

Article 4. - *Le 3° de l'article 1er et le 6° de l'article 2 du présent arrêté ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications au contrat liées à l'évolution technique, dès lors qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de la qualité et que les caractéristiques auxquelles le consommateur a subordonné son engagement ont pu figurer au contrat.*

- 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 consommateur que pour le professionnel ;

9°) Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition 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.

Article 6. - Les dispositions des articles 1^{er} à 5 du présent arrêté sont également applicables aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels.

Annexe 3

Liste des avis

de la commission des clauses abusives

- 94-01 : Responsabilité du preneur dans un contrat de location de véhicule automobile
- 94-02 : Contrat d'entretien téléphonique
- 94-03 : Versement du capital décès
- 95-01 : Responsabilité en cas de perte ou de détérioration d'un film photographique
- 95-02 : Responsabilité en cas de perte ou de détérioration de documents ou objets contenus dans un coffre-fort
- 95-03 : Responsabilité du preneur dans un contrat de location de véhicule automobile
- 96-01 : Indemnisation dans un contrat d'assurance de véhicule automobile
- 96-02 : Résiliation d'un contrat d'entretien téléphonique
- 97-01 : Garantie annulation voyage
- 98-01 : Convention de compensation stipulée dans des conditions générales de banque
- 00-01 : Contrat de fourniture de gaz
- 00-02 : Responsabilité du preneur dans un contrat de location de véhicule automobile
- 01-01 : Conditions de détermination du taux d'incapacité de l'assuré dans un contrat d'assurance
- 02-01 : Vente de liste dans le secteur immobilier
- 02-02 : Contrat de fourniture de gaz
- 03-01 : Assurance complémentaire à un crédit
- 03-02 : Assurance complémentaire à un crédit
- 04-01 : Fourniture de billet d'avion par internet
- 04-02 : Compte permanent (fixation & variation du montant du crédit et du taux d'intérêt)
- 04-03 : Compte permanent (fixation & variation du montant du crédit et du taux d'intérêt)
- 05-01 : Compte permanent (clause de résiliation)
- 05-02 : Compte personnel (clause de résiliation)
- 05-03 : Prêt personnel (clause de résiliation)
- 05-04 : Crédit affecté (procédure de mise en vente du bien)
- 05-05 : Télévision par câble & accès internet
- 06-01 : Assurance complémentaire à un crédit (exclusion de garantie)
- 06-02 : Assurance complémentaire à un crédit (exclusion de garantie)
- 06-03 : Assurance-garantie automobile
- 07-02 : Téléphonie mobile
- 07-01 : Déménagement
- 08-01 : Assurance vol du téléphone mobile
- 09-01 : Assurance fuite d'eau "après compteur"
- 12-01 : Contrat de fourniture de gaz
- 12-02 : Location de véhicule automobile
- 13-01 : Contrat de crédit à la consommation
- 15-01 : Contrat de restructuration de crédits
- 16-01 : Contrat de vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement
- 17-01 : Contrat de vente en ligne ou par téléphone de mobilier d'ameublement ou d'équipement pour la maison

Annexe 4

Liste des recommandations de la commission des clauses abusives

- 79-01 : Contrats de garantie
- 79-02 : Recours en justice
- 80-01 : Location d'emplacements destinés à l'affichage publicitaire
- 80-02 : Contrats de vente immobilière imposant à l'acquéreur la continuation de l'assurance souscrite par le vendeur
- 80-03 : Formation du contrat
- 80-04 : Location de locaux à usage d'habitation
- 80-05 : Achat d'objets d'ameublement
- 80-06 : Délai de livraison
- 81-01 : Equilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats
- 81-02 : Construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur
- 82-01 : Contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport
- 82-02 : Déménageurs
- 82-03 : Installation de cuisine
- 82-04 : Droit à réparation en cas de perte ou de détérioration des films confiés à des laboratoires photographiques ou cinématographiques
- 84-01 : Fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition ou de vente de réservoir
- 84-02 : Transport terrestre de voyageurs
- 84-03 : Contrats d'hôtellerie de plein air
- 85-01 : Contrats de distribution de l'eau
- 85-02 : Achat de véhicules automobiles de tourisme
- 85-03 : Etablissements hébergeant des personnes âgées
- 85-04 : Contrats d'assurance dénommés "multirisques habitation"
- 86-01 : Location avec option d'achat ou promesse de vente de biens de consommation
- 86-02 : Remontées mécaniques dans les stations de sports d'hiver
- 87-01 : Location de coffres-forts
- 87-02 : Contrats proposés par les agences matrimoniales
- 87-03 : Clubs de sport à caractère lucratif
- 88-01 : Accession à la propriété immobilière
- 89-01 : Assurance des véhicules automobiles de tourisme
- 90-01 : Assurance complémentaires à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier ou à un contrat de location avec option d'achat
- 90-02 : Contrats d'assurance dénommés "dommages ouvrages"
- 91-01 : Etablissements d'enseignement
- 91-02 : Contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (dite de synthèse)
- 91-03 : Construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur (complétant la n°81-02)
- 91-04 : Location de certains biens mobiliers autres que les véhicules automobiles
- 94-01 : Clauses dites de consentement implicite

- 94-02 : Contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit
- 94-03 : Séjours linguistiques
- 94-04 : Locations saisonnières
- 94-05 : Bons de commande et contrats de garantie des véhicules d'occasion
- 95-01 : Abonnement autoroutier
- 95-02 : Contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs
- 96-01 : Syndics de copropriété
- 96-02 : Locations de véhicules automobiles
- 96-03 : Révélation de succession par les généalogistes
- 97-01 : Télésurveillance
- 97-02 : Maintenance de certains équipements d'immeubles
- 98-01 : Abonnement au câble et à la télévision à péage
- 99-01 : Dépôt-vente
- 99-02 : Radiotéléphones portable (mobiles)
- 00-01 : Location de locaux à usage d'habitation (complétant la n° 80-04)
- 01-01 : Distribution d'eau (complémentaire à la n° 85-01 du 19 novembre 1982)
- 01-02 : Durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs
- 02-01 : Vente de listes en matière immobilière
- 02-02 : Formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples
- 02-03 : Assurance de protection juridique
- 03-01 : Accès à l'internet (FAI)
- 03-02 : Agences immobilières
- 04-01 : Insectes xylophages
- 04-02 : Achat de véhicules automobiles de tourisme
- 04-03 : Prêt immobilier
- 05-01 : Hôtellerie de plein air et locations d'emplacements de résidence mobile
- 05-02 : Conventions de comptes bancaires
- 05-03 : Auto-école (permis B)
- 07-01 : Services groupés de l'internet, du téléphone et de la télévision ("triple play")
- 07-02 : Contrats de vente mobilière conclue par internet
- 08-01 : Fourniture de voyages proposés sur internet
- 08-02 : Contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale
- 08-03 : Transports terrestres collectifs de voyageurs (complétant la recommandation n° 84-02)
- 10-01 : Soutien scolaire
- 10-02 : Recommandation n° 10-02 relative aux contrats de prévoyance obsèques
- 11-01 : Syndics de copropriété
- 12-01 : Services à la personne
- 13-01 : Location non saisonnière de logement meublé
- 14-01 : Contrats de fourniture de gaz et d'électricité
- 14-02 : Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux
- 16-01 : Contrats de déménagement, garde-meubles et stockage en libre-service
- 17-01 : Contrats d'assurance complémentaire santé
- 17-02 : Contrats relatifs aux Services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)

Bibliographie

- **Marie-Odile Thiry-Duarte** mise à jour par **Laurine Caracchiolo**, *Clauses abusives, mode d'emploi* : INC document, Fiche pratique J 245
- **Guy Raymond**, Jurisclasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 820 : Clauses abusives, mise à jour 01 novembre 2015
- **Le Lamy droit économique – 2016, n° 5133 et suivants**
- Guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles Éviter les clauses abusives dans les contrats de consommation, MEDEF

Sites recommandés

Commission des clauses abusives
DGCCRF
INC
Lexpol

www.clauses-abusives.fr
www.economie.gouv.fr/dgccrf/consommation
www.conso.net
<http://lexpol.cloud.pf/>