

## Séance 3 –La vulnérabilité économique

### Rapport espagnol

**Dr. Immaculada Barral- Viñals, professeure titulaire (acr. Cat.) Université de  
Barcelona ([ibarral@ub.edu](mailto:ibarral@ub.edu))**

**Dra. Teresa Hualde-Manso, professeure titulaire (acr. Cat.) Université publique de  
Navarre ([th@navarra.es](mailto:th@navarra.es))**

#### **Chapitre 1- Droit commun des contrats**

##### **Section 1 – La formations du contrat**

###### ***§ 1º Information***

Le Droit commun des contrats espagnol ne contient pas une expresse obligation d'information qui s'impose sur les contractantes dans la phase précontractuelle. Cette charge informative se présente uniquement au Droit de la Consommation d'une façon claire, et c'est précisément là où l'on peut se développer une construction juridique cohérente à propos des obligations informatives.

En Droit commun du Code Civil on y peut trouver quelques conséquences réflexes ou indirectes de l'absence de transmission de quelques données sur l'objet du contrat – concrètement en matière de vente-, mais sans que ce corps légal exprime une préalable obligation d'information sur le vendeur. Par exemple, l'art. 1478 –à propos de la garantie en cas d'éviction- sanctionne au vendeur de mauvaise foi au paiement des dommages et intérêts ainsi qu'aux dépenses volontaires, et celles voluptuaires ou d'agrément. C'est à dire, si le vendeur connaissait d'avance une cause qui pouvait provoquer l'éviction et a omis toute information au acheteur, celui-là serait obligé à restituer les concepts compris á l'article précité.

Un pareil résultat se produit en matière de l'obligation de délivrance. L'art. 1097 CC espagnol établie que dans tous les cas d'obligations de donner une chose déterminée, on y comprendra celle de délivrer tous ses accessoires, quoique ils n'avaient été mentionnés. À nouveau on y pourrait voir ici un reflet d'une tacite obligation informative que, quand elle n'est pas accomplie, provoque en bénéfice de l'acheteur le droit d'exiger la délivrance des accessoires.

###### ***§ 2º- Vices de consentement***

Le contractant faible manque d'une spécifique protection au moment de l'émission de sa volonté. La théorie des vices de consentement est construite sur la base de l'égalité des parties et du principe du *caveat emptor*. C'est pour ça qu'aucune spéciale tutelle a été prévue pour la défense d'un éventuel contractant vulnérable. Les vices du consentement furent conçus pour un schème contractuel dans lequel les deux parties sont responsables de leurs propres décisions et uniquement une *pathologie* ainsi qualifiée –comme vice du consentement- rend le contrat annulable. La seule faiblesse économique n'est pas considérée une circonstance qui puisse être tenue en compte. L'état de dépendance ne présente non plus une considération spécifique comme vice du consentement ou comme sous espèce de la violence sur la volonté.

Contrairement au Droit français, la *rescisión pour lesión* n'est pas au Droit civil espagnol un remède dessiné pour faire face aux cas où une des parties a subi un dommage à cause de son incrédulité, de la manque d'expérience ou de la nécessité. L'art. 1292 Code Civil espagnol est radical quand établie qu'aucun contrat ne pourra être objet de rescision que dans les cas des contrats des tuteurs sans autorisation judiciaire et les conventions conclues par représentation des absents.

Par contre dans quelques Droits civils applicables en régions spécifiques de l'Espagne on y peut trouver une véritable rescision pour lésion comme un outil de protection aux personnes qui ont éprouvé une énorme lésion à cause d'un contrat onéreux qu'ils avaient accepté par urgent nécessité ou par inexpérience, pourra être rescindé (loi 499 et suivants du *Fuero Nuevo de Navarra*). Le Droit civil catalan contient aussi un semblable instrument sous le nom de *l'avantage injuste* applicable aux contrats onéreux où une des parties avait respect à l'autre une situation de dépendance ou une relation de confiance que la situait en position de vulnérabilité économique ou de nécessité impérieuse, elle était incapable de prévoir les conséquences de ses actes, ignorant ou dépourvue d'expérience et l'autre partie connaissait ces situations et en profitait pour obtenir une avantage injustifiée (art. 621-45 Loi catalane 3/2017)

### **§ 3 – Contrat d'adhésion**

Le contrat d'adhésion est consacré dans la Loi 7/1998, de 13 avril, sur les conditions générales des contrats. Cette loi ne vise directement le contrat d'adhésion comme différent du contrat conclu par la négociation entre les parties, mais elle se borne au concept de conditions générales de des contrats -CGC- comme part du contenu auquel une des parties s'adhère, ne pouvant le modifier. Elles sont définies comme clauses contractuelles prédisposées et imposées par l'une des parties ayant été rédigées avec le but d'être incorporées dans une pluralité de contrats. La présence de clauses négociées un contrat avec CGC est parfaitement possible. Même s'il y a certains aspects du contrat qui ont été négociés par les parties conduisant à ce qu'on appelle des conditions particulières, la loi s'applique à les conditions générales (art. 1.2). les conditions particulières prévalent s'il y a une contradiction entre les deux types (art. 6.1).

Les CGC sont soumises à un contrôle de l'incorporation dans le contrat et de compréhensibilité de son contenu. Quand l'adhérent est un consommateur, elles sont

aussi soumises à un control de contenu portant sur le caractère abusif de la clause, comme on verra dans la Section II. Donc, l'efficacité des conditions générales dépend de leur incorporation dans le contrat aux termes de l'art. 5 et 7 L 7/1998. Ce control comprend trois éléments : le premier est la possibilité de la connaissance, mais pas la connaissance effective de son contenu. Ça se produit par la livraison du document qui les contient au moment du contrat ou en permettant l'accès à son contenu si le contrat ne génère pas de documentation. Le second est le contrôle de la compréhensibilité ou la transparence : La compréhensibilité qualifie l'automatisation de l'incorporation : si la clause est inintelligible, ambiguë ou obscure n'est pas incorporée au contrat, et il y a aussi la règle d'interprétation contre proferentem (art. 6.2) selon lequel, lorsque le sens de la clause n'est pas évident, assume des fonctions de sanction au prédisposant.

Finalement il y a un control sur le contenu lorsque les CGC ne peuvent contredire la norme impérative (art. 8), mais c'est évident que ce type de contrôle ressemble le contrôle général sur le contenu des contrats lorsque la limite de la norme impérative existe toujours et pour tous les contrats.

#### **§ 4 – Lésion et clauses abusives**

Le Code Civil -CC- ne vise pas des exceptions pour raison du déséquilibre et il accueille le paradigme de la liberté de pactes dans le domaine des contrats avec les limites de l'ordre public, la moralité et la loi (art.1255 Cc). Mais il existe aussi l'art. 1258 CC qui vise la bonne foi qui est censée de nuancer le principe stricte du *pacta sunt servanda*. La bonne foi est une clause d'interprétation du contrat qui fait que chaque partie doit assumer la responsabilité objective de sa conduite et qui a trois représentations: loyauté entre les parties lors de l'implémentation du contrat, respect la confiance en relation aux termes du contrat et la règle d'interprétation *contra proferentem*.

Dans le droit catalan on a maintenu l'institution de la *laesio ultra dimidium* dans les achats de biens immeubles, comme exception au principe d'inexistence de prix juste qui regarde le CC, qui permet de rescinder le contrat si le prix payé est moins de la moitié du valeur du prix de marché (art. 621.46 Code Civil catalan (Loi 3/2017). Cette norme vise la fin des effets d'un contrat si la réciprocité économique entre prestations n'est pas gardée, par moyens de la fixation d'un limite: la moitié. Cet article ressemble beaucoup a l'art. 1301 de l'Avantprojet de Loi du Livre IV du Code civil, art. 1301, rédigé par la Commission Général de Codification, Section de Droit Civil en 2009, mais que n'est arrivé a être passée comme loi, et aussi avec des textes ddnas le procès d'unification du droit privé européen: DCFR, II-7:207; PECL: 4:109.

Il y a aussi des normes qui visent directement au déséquilibre du contrat par raison des caractéristiques subjectives de ce qui contracte. Le premier texte juridique espagnol à explorer un déséquilibre entre les parties qui pourraient entraîner un contrat jugé injuste pour l'une ou l'autre partie est la Loi de 23 juillet de 1908 pour la répression de l'usure. Elle stipule que le prêt d'argent ne peut être considéré comme contraignant

lorsqu'il existe «un intérêt notoirement supérieur au prix normal de l'argent ou nettement disproportionné dans les circonstances de l'espèce, ou léonine». Il s'agit d'une clause générale énonçant un concept indéterminé que le tribunal doit interpréter (art. 1.1). Mais où le texte est innovateur est dans le deuxième paragraphe où se réfère à des circonstances personnelles : un contrat de prêt peut être considéré comme invalide en raison de la situation personnelle particulière de l'emprunteur, c'est-à-dire : «situation de détresse, inexpérience ou facultés mentales limitées» (art.1.2): la possibilité d'annuler un contrat de prêt si les conditions personnelles de ce qui l'a accepté.

Cette idée de la usure retombe dans le soi-disant « avantage injuste » que vient d'être accepté dans l'art. 621-45 CCC. Il permet de rescinder un contrat s'il y a deux conditions : une partie l'a conclu dans un état de vulnérabilité économique ou de nécessité inéluctable -il y a aussi des éléments de vulnérabilité personnelle qui ne sont pas à étudier ici-; et que l'autre partie se prévale d'un tel état ou circonstance. Il y a aussi un règle spéciale pour le grand déséquilibre chez les consommateurs.

Il n'y a pas un control général sur les CGC qui permet d'en analyser le contenu : le caractère déséquilibré ou abusif reste seulement dans le domaine de la contraction avec consommateurs. Seule la Catalogne, en matière de services basiques –eau, gaz, électricité, produits bancaires, transport...- considère les commerçants individuels et les microentreprises comme consommateurs par rapport au contrôle du caractère abusif (voir Ch. 2., sect. 4).

La crise économique a fait décoller une insécurité juridique par rapport aux clauses abusives dans des prêts hypothécaires. Tandis que les consommateurs ont pu bénéficier du contrôle de clauses abusives dans leur prêts pour éviter la perte du logement, les entrepreneurs ont été exclus de cette norme par l'interprétation restrictive du TS (arrêts 587/2017, de 2 de novembre, 594/2017, du 7 de novembre et 639/2017, du 23 de novembre). La Loi de répression de l'usure a pu agir en secours de ce qui ont contracté des produits financiers avec des taux d'intérêt trop élevées, néanmoins, on n'a pas usée la deuxième partie de l'article pour fonder l'annulation dans les circonstances personnelles de vulnérabilité

## **Section 2- L'exécution du contrat**

### **§ 1º- Interprétation**

Parmi les règles générales d'interprétation des contrats qui se contiennent dans le Code Civil espagnol, on y peut trouver l'art. 1288 qui stipule : *L'interprétation des clauses obscures ne peut bénéficier à la partie qui ait provoqué l'obscurité*. Ce principe oblige à l'interprète -en cas de doute- à donner aux clauses contractuelles le sens le plus favorisant à celui qui n'a pas stipulé la clause et qui a contracté l'obligation. La norme constitue une classique règle de justice et d'équité semblable aux mêmes

articles trouvables dans les Codes occidentales. La règle bénéficie au contractant qui s'oblige et qui devient débiteur d'un contrat rédigé par l'autre partie. En ce domaine, on pourrait dire que le Droit commun des contrats offre une protection à la personne économiquement vulnérable à qui l'autre contractant a imposé les stipulations et les conditions de l'engagement.

Mais, en tout cas, si le contrat est clair il n'y a pas lieu d'interpréter en faveur du contractant et le principe ne s'applique pas. C'est pour ça que l'interprétation *contra proferentem* uniquement pourra être utilisée quand les mots, le sens ou la signification des paroles admet des différentes possibilités. Le caractère subsidiaire de l'art. 1288 CC espagnol par rapport à la recherche de l'intention des parties, est fondée sur l'idée selon laquelle *in claris non fit interpretatio*.

L'art. 1288 CC est une norme d'application générale quel que soit la qualification du contractant qui consent la convention et du type du contrat ou des contractants. La régulation des contrats d'adhésion reprenne le même principe déjà énoncé au Code Civil. Comme nous l'avons déjà signalé, la régulation des contrats d'adhésion (Loi des Conditions Générales des Contrats, Ley 7/1998 –LCGC-) devienne d'application pas uniquement aux contrats entre un commerçant et un consommateur, mais aussi aux contrats commerçant-commerçant. Alors, l'art. 6 LCGC sous le titre *Règles d'interprétation* prévoit que les doutes à l'interprétation des conditions obscures seront résolues en faveur de l'adhérent et on ajoute que s'il existe une contradiction entre les conditions générales et les conditions particulières spécifiquement prévues dans le contrat, celles-ci prévaudront, sauf le cas que les conditions générales soient plus avantageuses pour l'adhérent que les conditions particulières.

## **Chapitre 2- Contrats de consommation**

### **Section 1 Les instruments de protection**

#### **§ 1º - Nature**

En ce qui concerne aux instruments normatifs, le Droit espagnol de la Consommation a intégré les Directives européennes visées à la protection du consommateur, soit à travers de lois autonomes réglant une spécifique matière (p. ex. la Loi des crédits à la consommation), soit intégrant les précitées Directives dans des lois généralistes (p. ex. la Loi Générale de Défense aux Consommateurs et Usagers, LGDCU, approuvée par RD 1/2007). Cette coexistence de normes générales et des normes particulières provoque, en déterminées conjonctures, des problèmes de compatibilité et de hiérarchie normative. La complexité de la structure de la réglementation -où les exceptions foisonnent et dont l'emplacement se trouve souvent fort éloigné des principes- est un problème qui devient de plus en plus préoccupant.

On peut observer un remarquable fractionnement quant aux instruments légaux que fait difficile de gérer la protection du consommateur. La législation nationale coexiste en Espagne avec celle de quelques Communautés Autonomes que dans la plupart des cas collabore à la complexité normative *per se*.

À côté des instruments légaux on a développé une abondante -et en certain sens révolutionnaire- jurisprudence du TS sur tout en matière des clauses abusives et du contrôle de transparence qui a transformé l'application des lois à tel point qu'on pourrait dire qu'il a né un instrument jurisprudentiel de tutelle.

Quelques organismes administratifs ont la faculté d'approuver circulaires ou des instruments semi-normatifs dirigés à la concrétion des lois et réglementes. Ainsi, le Banque d'Espagne, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, etc... Avec ce type de normes les autorités de contrôle approfondissent dans un spécifique aspect de la relation contractuelle ou de la tutelle des intérêts des consommateurs.

Il existe finalement dans quelques secteurs d'activité des Codes de conduite dirigés à l'introduction d'un conjoint de recommandations et des règles d'actuacions des entreprises involuquées. Le secteur bancaire et financier, des télécommunications, de l'énergie, des transports, publicitaire... comptent avec des Codes qui contiennent les principes éthiques et les normes de conduite qui guident le comportement interne des employés et de l'entreprise en général et extérieurement face aux clients.

## ***§ 2 – Instruments de protection à vocation générale***

La plupart des outils de protection générales qui sont susceptibles d'être applicables à tous les contrats de consommation se trouvent à la Loi Générale de Défense aux Consommateurs et Usagers, LGDCU, mentionnée plus haut. C'est dans cette norme où s'articulent des divers mécanismes ponctuels : l'information préalable au contrat, interdiction des paiements additionnels, perception par l'utilisation de moyens de paiement, intégration de l'offre et de la publicité dans le contrat, le formalisme contractuel, interdiction d'envoyer ou fournir des biens ou services sans une préalable demande du consommateur... Mais sans doute c'est la matière des clauses abusives réglée a cette Loi celle qui présente une spéciale importance aussi quantitative que qualitative. Son régime est le même pour toute sorte de contrats de la consommation.

La régulation des conditions générales des contrats d'adhésion est aussi un ensemble normatif qui devient superposable à tout contrat d'adhésion (LCGC). Aussi un autre groupe de mesures généralistes versés à la sanction des pratiques commerciales déloyales se trouve à Loi de Compétence Déloyale (Loi 3/1991), norme dont le cadre d'application embrasse tout tpe de relation entrepreneur- consommateur.

Par exception, quelques mécanismes réglés aux normes précitées –p. ex. le droit de rétractation- sont expressément exclus du régime général de certains contrats comme les contrats de transport de passagers. Il faut dire alors que dans ces cas pas la Loi même mais quelque partie d'elle, ne s'impose pas.

## ***§ 3 – Instruments de protection propres à certains contrats de consommation ou à certains modes de conclusion de ceux-ci***

Beaucoup de contrats font l'objet d'une protection spéciale sur tout à ce qui concerne au mode de conclusion : contrats à distance et contrats conclus dehors d'un établissement commercial, voyages combinés, contrats de crédit à la consommation, contrats de vente d'immeubles, hypothèque, contrats d'utilisation de biens à temps partagé, transport de voyageurs, télécommunications...

#### **§ 4 – Le consommateur protégé**

Le consommateur est défini dans el Royal-Décret 1/2007, qui approuve le texte de la Loi général pour la défense des consommateurs et usagers (art. 3.1) comme quelqu'un qui agit dans un but différent de son activité commerciale, entrepreneuriale, de son métier ou de sa profession. Hors le concept de consommateur est défini par exclusion de qui est un commerçant ou qui agis dans un acte de commerce.

Comme particularité, il faut dire que la loi espagnole vise les personnes juridiques sans but lucratifs comme des consommateurs : ça veut dire que les associations et les fondations peuvent être traitées comme des consommateurs. Cette différence se maintient dans la loi générale, bien que dans certaines lois spéciales, comme celles visant le prêt à la consommation ne considèrent que le consommateur personne physique (Cfr. Loi 16/2011).

L'inexpérience de la personne n'est pas prise en compte dans la notion de consommateur standard. La loi générale contient une mention aux collectifs spécialement vulnérables mais ne les définit pas, l'article vise les principes d'actuation de l'Administration publique dans des contrôles de qualité (art. 43.c). C'est la loi catalane qui prend en compte les consommateurs spécialement protégés pour sa vulnérabilité par raison d'âge –mineurs- adolescents et personnes âgées-, ou des circonstances personnelles - personnes malades ou incapacités-. La vulnérabilité découle aussi, en général, là où il y a situations d'infériorité ou d'impuissance ; ça veut dire qu'on pourrait montrer vulnérabilité qui découlerait directement de l'inexpérience qui deviendrait en situation d'infériorité ou impuissance –manque de défense-. D'autres communautés autonomes ont des lois qui visent des consommateurs spécialement protégés par raison de la vulnérabilité<sup>1</sup>.

Seule la Catalogne vise la question d'un consommateur qui agit dans un but professionnel dans le Code de la Consommation: art. 111.1 Dans ce texte, on décide d'appliquer les normes de protection des consommateurs aux commerçants qui soient personnes physiques dans le contexte des travailleurs autonomes et aux microentreprises conformément à la recommandation 2003/361/CE du 6 mai par rapport aux services basique tels que l'eau, l'énergie, les telecoms, les produits bancaires, le transport et les services audiovisuels... (art. 251-2,c). Dans ces cas, on ne les considère pas des consommateurs, mais on applique les normes des consommateurs et cette application se fait uniquement dans la mesure où ces normes

---

<sup>1</sup> Art. 2 Loi 2/2011, de 22 de marzo, Comunidad Valenciana; art. 5 ley 16/2006 d Aragon, loi 11/2005, Castilla- la Mancha.

sont « compatibles » avec la situation. Ce qui n'est pas visé dans la loi c'est la personne qui agit à la fois dans un but professionnel et dans un but privé est-elle protégée en tant que consommateur.

La crise hypothécaire en Espagne a créé des situations très injustes par rapport aux parents – o parfois autres familiers- qui, sur sollicitation de la banque, s'engagent comme codébiteur solidaire aux côtés de son fils pour le remboursement d'un crédit octroyé pour l'acquisition du logement. Dans ce cas, l'acquisition de biens immeubles qui sert comme résidence du débiteur à plein temps est considéré toujours comme un but non commercial. C'est pour cette raison que le tiers est aussi considéré comme consommateur parce que le but de l'obligation assurée est hors d'une finalité commerciale. Il est aussi protégé par la Loi 1/2013, de 14 May, qui approuve le Code de Bonnes Pratiques devant l'exécution hypothécaire des prêts sur l'acquisition du logement. Ce texte permet que le tiers assurant (art. 3-bis) puisse exiger à la banque l'exécution du bien assuré en première instance, même s'il y a eu une renonciation du bénéficiaire de discussion. La seule condition est de se trouver dans une situation économique très précaire -ce qu'on appelle le « seuil d'exclusion social »- qui donne aussi au débiteur la possibilité de paralyser l'exécution hypothécaire.

Par contre, la loi ne vise pas des prévisions pour le tiers assurant des dettes professionnelles. Dans ces cas, la jurisprudence du TS se borne à dire que ce qui définit si le tiers qui assure l'obligation est consommateur ou non c'est si le but de cette sûreté est professionnel ou pas (STS 3956/2017, de 7 de novembre de 2017 et STS 2212/2015, de 1 avril). Donc, seulement si le prêt est personnel et le tiers agisse en tant que tel, pourra être considéré comme consommateur, de même si le tiers assurant est le conjoint du débiteur.

### **§ 5 – Contre qui le consommateur est-il protégé ?**

Pour qu'il y ait une relation de consommation il faut que le consommateur contracte avec quelqu'un qui agisse dans un but commerciale ou professionnel (art. 4 RDL 1/2007). Ça comprend les entrepreneurs personnes physiques -*autónomos*-, les sociétés de capital et professionnelles dans le sens large de commerçant qui est dans le Code de Commerce (art. 2 et 51). Le commerçant peut être public ou privé, hors ça veut dire qu'il peut être un entreprise concessionnaire de l'administration -service d'eau, per exemple, ou de tout type : même le service public de santé ou d'éducation- y comprises les universités-

C'est le Code de la Consommation de la Catalogne ce qui vise directement l'activité des prestataires de services d'intermédiation (art. 231.2.1) qui permet de considérer comme entreprise ce qui agit par compte autrui et moyennement un pris ou rémunération, une activité d'intermédiation qui peut être : présenter ou offrir les possibilité d'acquérir services, réaliser les accords préparatoires, la formalisation du contrat, ou bien offrir du conseil technique. Cette définition générale permet de protéger le consommateur vis à vis des agents immobiliers, des plateformes en ligne et aussi par rapport aux plateformes d'économie collaborative telles que Airbnb, par exemple.

## **Section 2 –Les techniques de protection**

### **§ 1er - La prohibition des clauses abusives et l'exigence de transparence**

L'art. 1.1 loi 7/1997 définit les conditions générales des contrats -CGC- comme clauses prédisposés par une des parties qui impose son contenu à l'autre et que sont censées être utilisées dans une pluralité de contrats. Néanmoins, la loi de protection des consommateurs (art. 82.1) ne vise comme condition d'applicabilité que l'idée d'être clauses "non négociées de forme individualisé" et c'est dans ce dernier texte que le contrôle comme abusive peut se faire s'il y a un consommateur qui adhéré à une telle clause. Donc, le contrôle sur les clauses abusives se borne à des clauses non négociées. D'autre part, n'empêche ce contrôle dans les clauses non négociés qu'il y ait des clauses particulières, c'est à dire, négociées, mais celles-ci n'ont pas de contrôle comme abusives.

L'art. 82 TRLGDCU crée un contrôle de contenu qui permet de juger si la clause en concret qu'on examine crée un déséquilibre important entre les droits et les obligations des parties qui soit contre les exigences de la bonne foi, comme concept objectif. Pour illustrer ces deux conditions -déséquilibre et mauvaise foi- la loi donne un système de clauses génériques (art. 83) qui sont développées en clauses concrètes dans les arts. art. 85 à 89. Il est abusif de faire renoncer au consommateur ses droits légaux ou mettre des obstacles pour l'exercice de la garantie des biens acquis, par exemple : les clauses interdites par la loi sont en large nombre et détaillées, peut-être trop.

Néanmoins, d'après 2013 sont les clauses en prêt hypothécaire qui sont le plus souvent soumises aux tribunaux. L'arrêt CJUE de 24, mars 2013, Aziz, a eu un fort impact en droit espagnol: Il affirme que le juge peut examiner le caractère abusif des clauses dans le procès d'exécution hypothécaire. Donc ce cet analyse peut en découler la fin à la procédure si la clause était vitale pour l'exécution. Cette idée est très intéressante par rapport à la clause de maturité avancée du prêt en cas des impayés : c'est une clause qui déséquilibre le contrat parce que le montant non payé peut être très petit par rapport au délais total du prêt de 20, 30 ou 40 années (Auto CJUE 11, juin 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.). De même, on peut considérer abusive la clause qui impose au consommateur des intérêts moratoires qui soient très élevés. (Arrêt CJUE 21 janvier 2015, Unicaja Banco).

Comme conséquence directe de l'arrêt Aziz, la Loi 1/2013 décide qu'on peut pas exécuter dans les cas de moins de trois mois impayés ou d'intérêts moratoires supérieurs en trois fois le prix de l'argent -environ 12 %-, mais la loi ne dit que ces clauses soient abusives. Néanmoins, le TS a considéré abusives ces clauses par rapport aux conditions fixées par la loi 1/2013.

La loi espagnole ne vise la limitation de l'art. 4.2 de la Directive 13/93 ce qui a posé la question de si le contrôle de l'équilibre entre prestations peut être fait. Le propre TS a présenté une question préjudicielle qui a été résolue par l'arrêt CJUE de 3 de juin

2010<sup>2</sup> . Cet arrêt considère que les états-membres peuvent élargir le champ d'application de la Directive si cela suppose une protection majeure pour le consommateur donc la Directive est de minimis. Néanmoins, la jurisprudence n'a pas été très dévouée à contrôler les éléments essentiels du contrat, et spécialement le prix payé.

Le contrôle de contenu ne crée pas d'insécurité juridique : ce qui l'a créé a été la divergence de critères pour l'examiner entre la CJUE et le TS, et celui-ci et les tribunaux inférieurs.

Comme dit dans la section 1, le contrôle de transparence est dans la loi 7/1998 qui s'applique à tout adhérent, soit consommateur ou non (arts. 5 et 7). La loi de protection aux consommateurs exige que les clauses soient claires et de rédaction simple et aussi qu'elles soient lisibles avec une taille minimale d'un millimètre (art. 80) et la clause compréhensible peut être censée abusive (art. 80.3). Donc, la transparence est un contrôle d'incorporation des clauses contractuelles : la clause qui ne soit transparente n'est pas incorporée au contrat et ne produit aucun effet comme prévu dans la loi 7/1998 qui sert aussi pour les consommateurs. Ça veut dire que le critère d'interprétation *contra proferentem* est aussi possible.

Par contre, le TS a considéré dans plusieurs arrêts à partir de l'arrêt de 9 mai 2013, que la « clause plancher » dans les prêts hypothécaires peut être considérée abusive parce qu'elle n'est transparente. Cette clause permet de fixer un minimum au-delà de lequel le paiement mensuel ne sera recalculé même si l'index du prêt variable -euribor, par exemple- tombe en dessous. La plupart de prêts hypothécaires en Espagne ont une telle clause qui a eu des effets lors que les types d'intérêt sont presque négatifs comme conséquence de la crise. Le TS juge, donc, que le consommateur n'a pas été correctement informé des possibilités réelles de cette clause et ses effets ont déséquilibré le contrat. Néanmoins, en appliquant le concept de transparence du premier paragraphe, il est plus facile de considérer que, comme le débiteur n'a pas été prévenu, la clause n'est incorporée dans le sens de l'art. 7.1.b loi 7/1998.

La sanction des clauses abusives est la nullité de la clause, et pas du contrat complet. C'est pour cette sanction que les clauses abusives sont très utiles parce que le consommateur n'est pas très protégé avec la nullité du contrat. Depuis 2014, la loi précise que la clause ne peut pas être interprétée ou modérée, néanmoins, le TS l'a fait dans des cas de clause de maturité avancée (arrêts de 22 avril 2015, 8 septembre 2015, 23 décembre 2015, 8 février 2016 et 3 juin 2016). Cette interdiction, à notre avis, ne comporte pas l'impossibilité de faire recours au droit supplétif, comme l'application du taux d'intérêt légal en cas d'annulation, en raison de son caractère abusif, d'une clause d'intérêts de retard : l'art. 1129 CC qui vise cette solution est, désormais, la norme applicable quand il n'y a pas un pacte. La CJUE doit se prononcer sur cette question lorsque le TS a présenté une question préjudicielle.

Le TS a utilisé l'idée d'ordre public économique pour limiter l'effet rétroactif de l'annulation de la clause abusive dans le cas de la « clause plancher » (arrêt 9 mai

---

<sup>2</sup>STJUE, Sala 1<sup>a</sup>, de 3 de junio de 2010, asunto C-484/04, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, vs Ausbanc.

2013). Mais l'arrêt CJUE a considéré que cette limite est contraire au droit européen. Les problèmes procéduraux que cette situation a créés sont immenses par rapport aux consommateurs qui ont déjà des arrêts limitatifs. La seule mauvaise solution a été de fournir des procédures de négociation que auxquels la banque pose toujours des obstacles.

## **§ 2- La prohibition des pratiques commerciales déloyales**

Le Droit espagnol (Loi 3/1991 de Compétence Déloyale) définit la pratique déloyale des entreprises vis-à-vis des consommateurs comme celle qui est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qui altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

Le régime des sanctions applicables en cas de violation de la loyauté est caractérisé par l'accumulation : déclaration de déloyauté, cessation de la pratique, rectification des informations trompeuses ou agressives et indemnisation des dommages provoqués par la pratique déloyale. Ce conjoint ne parvient à dissuader aux entreprises contrevenantes si on n'ajoute pas une sanction pécuniaire par l'Administration que la Loi espagnole n'a pas établie.

La Loi des Compétence déloyale peut être un bon exemple de norme inefficace. Les consommateurs ne se servent pas assez fréquemment des recours privés à leur disposition pour inciter les marchands à observer la loyauté commerciale. Sûrement la solution ou l'avenir du droit des pratiques de commerce devrait se situer moins du côté de la reconnaissance de nouveaux droits en ce domaine que dans l'actuation d'un appareil administratif adéquat.

## **§ 3- Les informations (préalables) et le formalisme (pré) contractuel**

### *A – Informations (préalables) et devoir de conseil*

Avant la conclusion de tout contrat de consommation, le commerçant doit fournir au consommateur de manière claire et compréhensible l'information pertinente, véridique et suffisante sur les données principales du contrat, et particulièrement : les caractéristiques du bien ou service, le prix (avec détail des taxes et impôts), l'identité du commerçant, la procédure du paiement, délivrance et exécution, l'existence d'une garantie légale, durée du contrat ou conditions de résolution, éventuel droit de rétractation... et jusqu'à onze mentions. Cette obligation se trouve à l'art. 60 LGDCU

Cet article prévoit aussi que l'information préalable sera gratuitement fournie et au moins en espagnol.

Pendant la phase d'exécution du contrat il n'y a pas une pareille exigence générale mais à travers l'ordonnancement espagnol on peut trouver des règles en ce sens versés à protéger le consommateur face à une éventuelle modification unilatérale du contrat, par exemple pour les contrats de télécommunications.

Le devoir de conseil ne se trouve qu'à propos de contrats d'investissement ou contrats dont l'objet soit un produit financier. L'accommodation du droit national au Droit européen a introduit -uniquement en quelques cas- l'assistance individualisée avant de que le consommateur puisse conclure un contrat de cette espèce.

### *B –Le formalisme contractuel*

Aux contrats avec des consommateurs le commerçant est censé de remettre un récépissé qui justifie la conclusion du contrat, une copie o document justifiant avec les conditions essentielles de l'opération, conditions générales incluses le cas échéant, signées et acceptées par le consommateur (art. 63 LGDCU).

Quant aux contrats à distance et contrats réalisés dehors d'un établissement commercial, le commerçant devra fournir au consommateur la confirmation du contrat au moment de la délivrance du bien ou avant le début de l'exécution du service. Cette confirmation peut se délivrer en papier ou en autre support durable (arts. 98 y 99 LGDCU). Ces exigences s'imposent aussi aux contrats conclus par voie électronique (arts. 23 y 28 Loi 34/2002 de services de la société de l'information et du commerce électronique)

### *C –Sanctions*

Si les informations préalables ne sont pas fournies, on ne pourra pas considérer le contrat conclus sauf si, par le contexte, les conditions et les caractéristiques du contrat sont évidentes.

Le contrat conclus sans l'envoi postérieur d'une copie du contrat ou de sa confirmation pourra être annulé si le consommateur demande en ce sens, soit lors d'une défense à une action intentée contre lui, soit para une action en justice. En aucun cas ce motif d'annulation pourra être invoqué para le commerçant à moins que le non-respect soit exclusif du consommateur.