

Prof. Charlotte Pavillon (Université de Groningue)

Remarques préliminaires

Le droit néerlandais des contrats est basé sur le principe fondamental de l'autonomie de la volonté.¹ La protection des intérêts économiques de la partie faible (consommateur, employé, locataire, gage, petit entrepreneur, emprunteur, assuré, franchisé) est justifiée par ce principe. Un certain paternalisme permet de corriger le manque d'équilibre entre les parties et de garantir leur autonomie et liberté de contracter.

Chapitre 1 – Droit Commun des contrats - Code Civil Néerlandais (CCN)

Section 1 – La formation du contrat

Le principe de bonne foi dite « objective » contenu dans les notions indissociables de raison et d'équité dicte le comportement des parties au contrat (art. 2 et 248 du Livre 6 CCN). De ces exigences de raison et d'équité peuvent découler, selon les circonstances, des obligations contractuelles de diligence, sécurité et d'information ou avertissement (« effet supplétif »). La crise des contrats de *leasing* d'actions a par exemple conduit la Cour de cassation à déduire des exigences de raison et d'équité un devoir de diligence spécial pour les organismes financiers (« *bijzondere zorgplicht* ») (§ 2).² Ce devoir, qui leur impose entre autres choses de s'enquérir des possibilités financières de la partie adverse, a été fixé par la loi (*Wet op het financieel toezicht*).

Au début du siècle, Dexia fut assailli de plaintes de clients néerlandais ayant perdu beaucoup d'argent en empruntant pour acheter des actions par le biais de *leasing*. Ces clients estiment n'avoir pas été informés des risques liés à ce produit vendu malgré les avertissements d'intermédiaires et sans aucun contrôle des revenus des clients.³ La Cour de cassation a établi deux catégories pour l'indemnisation de ces clients : ceux pour qui le contrat souscrit formait une charge financière supportable et ceux pour qui le contrat souscrit constituait une charge financière déraisonnable, ce dernier groupe ayant droit à une indemnisation supérieure.⁴

¹ J.H. Nieuwenhuis, Paternalisme, fraternalisme, égoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht, NJB 2009/1711.

² ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia); ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob Bolle); ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon).

³ www.lecho.be/actualite/archive/Leasing-d-actions-Aegon-admet-des-erreurs/8733462?utm_campaign=nextarticle

⁴ www.zonebourse.com/DEXIA-26472954/pdf/724175/Dexia_Rapport-annuel.pdf, p. 25.

Un devoir de diligence bancaire a aussi été admis à l'égard des PME ayant conclu des swaps de taux d'intérêt complexes.⁵ Il ne se limite donc pas aux personnes physiques.

§1^{er} Information

Le principe de bonne foi objective gouverne la phase précontractuelle. Depuis un arrêt rendu en 1957 (Baris-Riezenkamp)⁶, la doctrine admet que la phase précontractuelle est régie par les exigences de la raison et l'équité, chaque partie devant se laisser guider par les intérêts de l'autre. Ce principe, désigné comme fraternaliste, prendrait selon certains le dessus sur celui de la liberté contractuelle.⁷ Une certaine vigilance inspirée de l'adage du *caveat emptor* demeure néanmoins requise.⁸ L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle prévalent toujours et la protection de la partie économiquement vulnérable y est (largement) subordonnée.⁹ Les obligations d'information fondées sur les exigences de raison et d'équité sont justifiées par une asymétrie d'information et l'expertise particulière d'une des parties au contrat.

De ces exigences découlent des obligations d'information qui viennent s'ajouter à des obligations sectorielles (souvent d'origine européenne), notamment dans le secteur des assurances. L'arrêt Nationale Nederlanden/Van Leeuwen (C-51/13) de la CJEU a traité à l'obligation de l'assureur de fournir des informations supplémentaires concernant les frais et les primes en vertu des exigences de raison et d'équité. Un deuxième scandale financier ayant récemment éclaboussé les Pays-Bas est en effet l'affaire dite des « polices d'usure ». Celle-ci concerne la vente de quelque 6,5 millions de contrats d'assurance-vie et de rentes viagères adossés à des performances boursières.¹⁰ Les frais de ces polices sont considérés comme étant trop élevés par rapport à des rendements s'avérant trop faibles. Les assurés ont pris des risques financiers disproportionnés au sujet desquels ils ont insuffisamment été informés. La protection des assurés a été fondée sur les obligations d'informations précontractuelles dictées par les exigences de la raison et l'équité. La CJEU a confirmé la possibilité d'imposer sur la base du droit national des obligations d'informations ne découlant pas de la troisième directive assurance vie *'à condition que les informations exigées soient claires, précises et nécessaires à la compréhension effective par le preneur d'assurance des éléments essentiels de l'engagement et qu'elles garantissent une sécurité juridique suffisante, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier'*.

§2 Vices de consentement

L'existence d'un déséquilibre économique n'est jamais le seul facteur pris en compte pour constater un vice de consentement. Le désavantage économique n'est pas requis, mais apporte une preuve possible de l'existence d'un vice. La charge de la preuve incombe à celui qui

⁵ ECLI:NL:RBAMS:2015:4286, 4.10-4.14; ECLI:NL:RBAMS:2017:9157.

⁶ Hoge Raad 15 novembre 1957, NJ 1958/67.

⁷ A.L.M. Keirse, 'Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord', *Contracteren* 2009-4.

⁸ K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 17.

⁹ Bakker réfère à cet égard à l'adage *'volenti non fit iniuria'* dans *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016-1, p. 3.

¹⁰ www.lesechos.fr/04/02/2015/lesechos.fr/0204134925173_ing-rattrapee-par-les---polices-d-usure--.htm#formulaire_enrichi::bouton_google_inscription_article

prétend avoir été victime d'une erreur, d'une violence, d'un abus de circonstances ou d'un dol. Cette charge est considérée comme étant lourde. Il lui appartiendra de démontrer que sont réunies les conditions exigées pour que ce vice du consentement existe. La Cour de cassation a refusé d'annuler les contrats de *leasing* d'actions sur la base du vice de consentement, le dol et l'erreur n'ayant pas été démontrés.

Si une partie économiquement faible émet une proposition qui lui est manifestement désavantageuse, l'autre partie qui se contente d'accepter une telle proposition pour en tirer profit ne se rend pas forcément coupable d'abus. Pour qu'il soit question d'un 'abus de circonstances' (art. 44 §4 du Livre 3 CCN), il faut d'une part que la partie économiquement faible soit dans une situation d'urgence ou de dépendance qui l'incite à émettre cette proposition et d'autre part que la partie adverse connaisse (ou doive raisonnablement connaître) cette situation d'urgence ou de dépendance¹¹ et promeuve la conclusion du contrat alors qu'elle aurait dû l'empêcher. Cette définition ne met pas en avant le déséquilibre manifeste.¹²

L'abus de circonstances n'est pas centré sur la situation de domination économique.¹³ Cette situation ne joue qu'un rôle marginal dans la constitution de ce vice : il est en tout cas nécessaire de faire état de circonstances supplémentaires, telle une relation de confiance et/ou de dépendance.¹⁴ Le fait que la partie 'forte' ait connaissance d'un manque de moyens financiers (incitant la partie 'faible' à contracter) ne suffit pas, en tant que tel, à établir un abus.¹⁵

L'abus de circonstances entraîne l'annulation du contrat. Il revient à la partie faible de prouver l'abus ; pour annuler le contrat elle doit démontrer qu'elle n'aurait pas conclu le contrat (ou, en tout état de cause, pas sous ces conditions) si l'abus n'avait pas eu lieu. Si un abus amène une partie faible à faire un don, un renversement de la preuve a lieu (art. 776 du Livre 7 CCN).¹⁶

A ma connaissance, aucune action juridique contre Volkswagen n'a encore été fondée sur les vices du consentement. Il est possible de recourir à cette base juridique mais une action fondée sur la pratique ou l'omission trompeuse semble plus évidente.

§3 Contrat d'adhésion

Le droit commun ne consacre pas la notion de contrat d'adhésion. Néanmoins il existe une notion de règlement standard (art. 214 du Livre 6 CCN) : un contrat modèle dans un secteur élevé au niveau de loi au sens matériel. Le but d'un tel règlement est de diminuer l'utilisation de clauses contractuelles potentiellement abusives (dans une logique autorégulatrice) mais la

¹¹ ECLI:NL:HR:2017:867.

¹² L'existence d'un déséquilibre au détriment de la partie faible n'est même pas nécessaire pour la constitution du vice: ECLI:NL:HR:2017:95. Cette définition diffère largement de celle de l'art. 5.41 du Projet de loi Belge.

¹³ J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 1989, p. 55.

¹⁴ M.M. Van Rossum, *Misbruik van omstandigheden*, 1998, p. 15.

¹⁵ *GS Vermogensrecht*, art. 3:44 BW, aant. 4.3.3.2

¹⁶ ECLI:NL:HR:2016:1272.

possibilité d'établir un règlement standard dans le secteur n'a rencontré qu'un succès très limité.

§4 Lésion et clauses abusives

Le droit commun ne consacre ni la notion de *iustum pretium*,¹⁷ ni celle de la lésion, abandonnée en 1838. Il n'existe pas non plus de loi régulant l'usure. Dans sa thèse, Van Loo a récemment tenu un plaidoyer pour la réintroduction de la *laesio enormis* dans le droit national.¹⁸ Il prône la possibilité d'annuler un contrat ayant engendré des pertes disproportionnellement élevées, sauf si la partie adverse démontre que ces pertes ont été acceptées de plein gré. Ce plaidoyer fondé sur une règle émanant du *Nederlands-Indische Woekerordonnantie* (un texte colonial datant de 1938) a été largement critiqué.¹⁹ Selon les critiques, le droit néerlandais offre, par le biais des vices du consentement et des exigences de raison et d'équité, une protection adéquate tout en respectant la liberté contractuelle et l'autonomie des parties au contrat.

Récemment une cour d'appel a fait usage de la Directive sur les clauses abusives (93/13/EEG) afin d'annuler d'office les clauses concernant les coûts d'une police dite d'usure comme étant abusives. Le caractère abusif de ces coûts repose sur leur manque de transparence et leur caractère disproportionné.²⁰ Une telle application se rapproche de la lésion.

Le droit néerlandais laisse en effet une place considérable au contrôle (croissant) du caractère abusif des clauses contractuelles (art. 233 (a) du Livre 6 CCN). Les clauses contrôlées sont les clauses destinées à être utilisées à de multiples reprises (des 'clauses à usage multiple'), ne portant pas sur la définition de l'objet principal du contrat. Les clauses portant sur l'objet principal du contrat sont exemptées de contrôle, à condition que celles-ci soient transparentes. Le CCN confère une large protection au consommateur mais aussi à certains professionnels (moins de 50 employés, pas de comptes annuels publiés, n'utilisant pas de conditions générales similaires) contre les clauses abusives. Cette protection fondée sur une norme ouverte est source d'insécurité juridique et ne semble pas dissuader l'utilisation de clauses abusives (*infra*, chapitre 2, section 2, § 1^{er}, A).

Section 2 – L'exécution du contrat

§1^{er} Interprétation

L'interprétation *contra proferentem* existait bien avant la Directive sur les clauses abusives en tant qu'approche jurisprudentielle (non codifiée) de la clause ambiguë sur la base des notions de raison et d'équité. Une procédure d'infraction pour non-transposition de la Directive sur

¹⁷ Asser/Hijma 7-1* 2013/212-213

¹⁸ I.H. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden. Over buitensporige nadeligheid van overeenkomsten als grond voor vernietiging en over vernietiging van buitensporig nadelige overeenkomsten op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden, naar Nederlands, Duits en Oostenrijks recht*, Amsterdam: Brave New Books 2013.

¹⁹ P.S. Bakker MvV 2016-1, M. Chao, RMThemis 2014-5.

²⁰ ECLI:NL:GHSHE:2017:1875

les clauses abusives a contraint le législateur à finalement insérer dans le CCN une disposition légale contenant la règle d'interprétation au profit du consommateur (1999).

L'interprétation des contrats a lieu sur un continuum allant de celle essentiellement subjective des intentions communes des parties au contrat bilatéral à celle, plutôt objective, proche du texte du contrat concernant des parties tierces (souvent dépendantes), telle la convention collective de travail.

§2 Modération de l'exercice des droits contractuels

Le *pouvoir de modération* judiciaire de la mise en œuvre de droits contractuels découle des exigences de raison et d'équité (la bonne foi objective). Cet effet restrictif (art. 2 et 248 §2 du Livre 6 CCN) est appliqué avec une certaine retenue. Il permet néanmoins de protéger une partie contre des clauses onéreuses dans le cas où la réglementation sur les clauses abusives ne s'applique pas. Une clause est réputée non écrite si, compte tenu des circonstances, son application ne serait pas acceptable au regard de ces exigences.

L'effet restrictif permet aussi de sanctionner le non-respect d'un devoir de diligence fondé sur l'effet supplétif. Ces exigences permettent également la révision exceptionnelle²¹ d'une clause pénale (art. 94 du Livre 6).²²

Force majeure et imprévision

Le droit néerlandais n'exclut pas expressément la possibilité d'invoquer une force majeure afin de s'exonérer d'une obligation pécuniaire (art. 75 du Livre 6 CCN). La notion de force majeure est néanmoins assez flexible. Une impossibilité peut être pratique, juridique ou morale. La loi n'exige même pas qu'il y ait impossibilité. La méconnaissance d'une dette peut en théorie entraîner une force majeure : les textes parlementaires mentionnent l'exemple de l'héritier qui ignore de son héritage et de ce fait 'oublie' de payer les dettes du légataire.²³ Cela étant dit, l'argent forme un *genus* et *genus non perit* : l'impossibilité de payer une dette connue pour des raisons d'insolvabilité n'a jamais encore été admise. Une solution qui a été adoptée afin de tenir compte des circonstances difficiles du débiteur a été de refuser l'exécution du verdict au créancier.²⁴

Le CCN consacre la théorie de l'imprévision (art. 258-260 du Livre 6). Le juge peut à la demande d'une des parties modifier les termes du contrat ou le résoudre au motif de « circonstances imprévisibles d'une importance telle qu'au regard des normes de raison et d'équité la contrepartie ne peut s'attendre à un maintien non modifié du contrat ». Le

²¹ Hoge Raad 27 avril 2004, NJ 2007/262; NJ 2018/100.

²² Parl. Gesch. BW Boek 6, Deventer: Kluwer 1981, p. 323.

²³ C.F. Van der Elst & L. Snauwaert (2011). 'Het onmogelijkheids criterium inzake overmacht: Hoe onmogelijk is onmogelijk?' Tijdschrift voor privaatrecht, 48(1), 123-166, no. 7.

²⁴ Cour d'appel de Bois-le-duc 21 janvier 1999, NJ 1999/744.

préjudice économique d'une partie n'est en lui-même pas décisif. Le juge n'utilise de ce pouvoir qu'avec une très grande retenue.²⁵ Si grande que le rôle de cet article est assez marginal.

Délais de grâce

Le CCN ne contient pas d'article comparable à l'article 1343-5 du Code civil français. Il n'existe pas de base légale pour le report ou l'échelonnement d'une dette dans une procédure civile. Un délai ou un échelonnement peuvent être accordés par le créancier sur la base d'un contrat (« *betalingsregeling* ») mais le juge ne peut pas l'y obliger. Une personne physique en situation de détresse économique peut requérir l'autorisation d'effacement de ses dettes sur la base de la loi *Wet schuldsanering natuurlijke personen*. La procédure s'adresse aux débiteurs privés à la recherche d'un emploi ou qui travaillent (sauf contre-indication), et prêts à respecter les conditions très strictes de la procédure. La procédure est ouverte aussi aux indépendants, anciens entrepreneurs et petites entreprises. Si toutes les obligations liées au plan d'assainissement de dettes sont respectées, les débiteurs sont généralement déclarés désendettés après trois ans, même sans avoir remboursé leurs dettes. En moyenne seuls 10% du montant total de la dette sont remboursés.²⁶

Par ailleurs, le CCN contient des règles encadrant étroitement l'action en paiement intentée contre une personne physique (art. 96 §5-7 du Livre 6 CCN) en fixant les frais de recouvrement et la période minimale pendant laquelle la personne doit être mise en demeure (14 jours).

Chapitre 2 - Contrats de consommation²⁷

Section 1 - les instruments de protection

§1er Nature

Les instruments de protection du consommateur sont de nature très diverse. Les directives européennes relatives à la protection du consommateur ont, à défaut d'un code de la consommation, été transposées dans le Code civil. Il en va ainsi pour les directives relatives au droit des contrats (clauses abusives, vente, *timeshare*, crédit etc.), mais aussi pour les directives touchant aux pratiques commerciales en général (publicité et pratiques commerciales déloyales).

Sont utilisés dans ce cadre :

- le droit impératif protégeant l'intérêt public ;
- le droit « demi-impératif » dont ne peut se prévaloir que la partie faible au contrat, la nullité encourue étant relative.

²⁵ C. Cousin e.a. 'Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations', Recueil Dalloz, 2015 ; P.S. Bakker, 'Onvoorzien omstandigheden: de stand van zaken', WPNR 2009/6797, p. 369.

²⁶ D. Korczak, 'Effacement de dettes: Accord amiable et solution judiciaire. Rapport Synthèse', Pays-Bas 2006. ec.europa.eu/employment_social/social_inclusion/docs/2006/pr_nl_fr.pdf

²⁷ J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', AA20090380.

En dehors du droit civil joue un rôle important :

- la co-régulation et l'auto-régulation : les nombreuses conditions générales bilatérales négociées par les associations de professionnels et de consommateurs aux Pays-Bas, étant un exemple connu.
- l'action préventive et répressive de l'autorité de contrôle : l' « *Autoriteit Consument en Markt* » (ACM)

§2 Instruments de protection à vocation générale

Les articles 230g-230z du Livre 6 transposant la directive sur les droits du consommateur (2011/83/EU) forment la première section étant exclusivement consacrée au contrat de consommation. Le droit néerlandais connaît des dispositifs légaux de protection (informations précontractuelles, clauses abusives, pratiques commerciales déloyales) susceptibles de s'appliquer à tous les contrats de consommation. Le dispositif légal de protection contre les clauses abusives est préalable à la directive portant le même nom (1992). Ces dispositifs sont inscrits dans le Livre 6 du CCN, le livre général sur les obligations. De par la structure 'stratifiée' du Code civil, ces dispositifs s'appliquent aux contrats nommés du livre 7.

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

Le livre 7 du CCN contient des sections consacrées à des contrats de consommation spécifiques comme le contrat de crédit à la consommation (titre 7.2A). Ces dispositions ont été regroupées en 2017 avec celles concernant les crédits sur les biens tels la « vente à tempérament », le crédit-bail (location-vente) et le prêt de consommation. Ces dernières dispositions ne se limitent pas aux contrats conclus avec un consommateur.

La plupart des sections du Livre 7 règlent des contrats nommés dont une des parties peut être un consommateur (une personne physique ne contractant pas à des fins professionnelles). Dans ce cas la loi offre une protection supplémentaire en déclarant certains droits « demi-impératifs ». Le régime des sûretés (ci-dessous) en est un exemple.

§4 Consommateur protégé

La législateur néerlandais a - mis à part dans les articles transposant les directives européennes - peu fait usage du terme « consommateur ». Dans de nombreuses dispositions du CCN, la partie protégée est le particulier ou la personne physique n'agissant pas à des fins professionnelles ou dans la cadre de sa profession. Les définitions varient d'un texte de loi à l'autre, mais dans la pratique cette personne physique est, sous l'influence du droit européen, généralement (et définitivement lorsque celui-ci s'applique) assimilée au « consommateur », même si la loi nationale ne l'a pas directement qualifiée ainsi. Ces définitions laissent peu de place à la protection des parties professionnelles.²⁸

²⁸ ECLI:NL:GHDHA:2015:645.

La personne qui agit dans un but professionnel ne sera pas protégée en tant que consommateur. La définition du consommateur est traditionnellement approchée de façon subjective : la motivation intrinsèque de la partie au contrat est décisive. La définition est néanmoins appliquée de manière de plus en plus objective (bon de livraison, remboursement TVA, etc.). De cette façon la confiance légitime de la partie adverse est mieux protégée.

La partie professionnelle vulnérable peut néanmoins profiter d'une certaine protection. Cette protection est fondée sur l'effet miroir (« *reflexwerking* ») du droit de la consommation non-applicable sur les normes ouvertes du Code civil applicables à la relation contractuelle. S'agissant des listes clauses présumées (« grises ») et déclarées abusives (« noires ») réservées au consommateur, elles peuvent se 'réfléter' sur la norme ouverte de clause abusive, qui est à la disposition de la partie professionnelle (art. 233 (a) du Livre 6 CCN). Cet effet reflet procure un argument à l'avantage de la partie professionnelle faible, qui est ainsi aidée dans l'établissement de la preuve.

Cet effet miroir n'est pas appliqué d'office.²⁹ Pour disposer de cette protection, la partie professionnelle doit prouver qu'elle se trouve dans une situation contractuelle où elle ne se démarque pas d'un consommateur au regard, par exemple, de la nature du contrat (achat d'un bien de consommation par exemple), de ses connaissances juridiques limitées et de l'absence de relation entre le contrat et l'activité professionnelle. Sont concernés les auto-entrepreneurs et petites entreprises, les associations à but non-lucratif, etc.

L'effet reflet est appliqué avec une certaine retenue et demeure une exception en dehors du domaine des clauses abusives. Il a par exemple été refusé pour les pratiques commerciales déloyales et le colportage³⁰. Le fait que le législateur européen n'ait pas voulu protéger le professionnel et le fait que le législateur néerlandais n'ait pas évoqué la possibilité de cet effet dans les travaux parlementaires semblent des facteurs décisifs dans la décision du juge de ne pas l'accorder.

Sous l'influence de la jurisprudence concernant la directive sur les clauses abusives³¹, la définition du consommateur semble s'élargir : afin de juger de la recevabilité d'une exception d'incompétence, la Cour d'appel de Arnhem-Leeuwarden a contrôlé la clause compromissaire au regard de la directive après avoir qualifié de consommateur un des actionnaires de la société en commandite ayant soulevé l'exception tirée de cette clause.³² La cour a jugé que celui-ci était la partie faible au contrat en tant que personne physique n'ayant pas investi dans la société en tant que professionnel et n'ayant pas pu influencer le contenu des clauses générales, par manque de pouvoir de négociation et de connaissances.

En cas de contrat à 'double but' (achat d'une voiture ou d'un ordinateur portable par un auto-entrepreneur), le but professionnel doit traditionnellement être subordonné au but non-

²⁹ A.G.F. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie 145 (2014/7026), p. 647-655.

³⁰ ECLI:NL:GHAMS:2015:50; ECLI:NL:HR:2016:996.

³¹ ECLI:EU:C:2015:538 (arrêt Costea).

³² ECLI:NL:GHARL:2017:5961

professionnel. Là encore, le droit européen et notamment le considérant 17 du préambule de la directive sur les droits du consommateur semble ‘assouplir’ la définition du consommateur, même dans le cadre du droit purement national (achat de bien immobilier). Dans un arrêt de la cour d’appel suscitée le particulier achetant un bien immobilier comme objet d’investissement est considéré comme consommateur s’il compte lui-même aussi jouir de ce bien.³³

Sûretés

Le tiers qui consent une sûreté (caution, hypothèque, gage) en garantie des engagements pris par un professionnel peut avoir la qualité de ‘consommateur’. Il peut avoir cette qualité au regard du droit national (les règles régissant la sûreté en question) et/ou au regard du droit européen (pour l’application du régime des clauses abusives, pratiques commerciales déloyales ou des régulations concernant le droit privé international). S’agissant du droit national, la personne protégée n’est, comme indiqué ci-dessus, pas expressément qualifiée de consommateur mais de particulier ou de personne physique n’exerçant pas d’activité professionnelle.

On peut qualifier de consommateur le père qui, sur sollicitation de la banque, s’engage comme codébiteur solidaire aux côtés de son fils pour le remboursement d’un crédit octroyé pour le financement des activités professionnelles du fils. Cette qualification ressort des dispositions concernant le contrat de cautionnement (art. 857 du Livre 7 CCN). Si le père détient des actions ou parts dans la société du fils, la situation est différente et il n’est pas protégé.³⁴

L’article 858 du Livre 7 CCN est une des nombreuses dispositions (‘demi’) impératives protégeant la personne physique agissant à des fins non-professionnelles : elle oblige la définition d’un montant maximal de la caution solidaire.³⁵ En l’absence de limite, le cautionnement est nul.

La jurisprudence impose aux organismes financiers concluant le contrat de cautionnement un devoir de diligence et d’information vis-à-vis du consommateur sur les risques financiers que celui-ci encourt.³⁶ Ce devoir n’incombe pas au liquidateur qui conclut un tel contrat avec la femme du précédent liquidateur, fraudeur devant rembourser les fonds détournés, sachant que celle-ci était impliquée dans l’affaire et au courant du risque encouru.³⁷

§5 Contre qui le consommateur est-il protégé ?

Pour être protégé, le consommateur doit contracter avec un professionnel (professions libérales comprises). Les services publics sont par ailleurs largement privatisés aux Pays-Bas (eau, énergie, transports, etc.) et tombent sous le régime du droit des contrats. Il y a

³³ ECLI:NL:GHARL:2014:8892

³⁴ ECLI:NL:RBROT:2017:9686

³⁵ ECLI:NL:HR:2008:BD5520; ECLI:NL:GHDHA:2016:27

³⁶ Hoge Raad 1 juin 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot Bankiers/Bink).

³⁷ ECLI:NL:HR:2014:679

néanmoins beaucoup de régulations publiques dans ces secteurs qui interfèrent avec le droit privé.

Une plateforme en ligne peut être tenue co-responsable du fait que le vendeur professionnel, utilisateur de la plateforme, n'ait pas fourni toutes les informations essentielles au consommateur.³⁸ Si le vendeur n'est pas un professionnel, il n'est pas légalement obligé de procurer ces informations au consommateur et la question se pose de savoir si la plateforme peut-être co-responsable. Cela ne semble pas le cas. Le consommateur n'est en principe pas protégé lorsqu'il contracte avec un autre consommateur.

Il y a toutefois des exceptions :

- Si le consommateur achète un bien meuble d'un autre consommateur *par le biais du représentant* de celui-ci et *sans être informé* de la qualité de consommateur du contractant représenté, il sera néanmoins protégé par le droit de la consommation (art. 5 §2 du Livre 7 CCN).
- Que le consommateur achète un bien immeuble d'un autre consommateur ou d'un professionnel, peu importe : il bénéficiera dans les deux cas d'un droit de rétractation de 3 jours après la signature écrite du contrat de prévente (art. 2 du Livre 7 CCN).

Section 2 Les techniques de protection

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

A La notion de clause abusive

L'article 233 (a) du Livre 6 CCN contient une définition très succincte de la clause abusive. Il s'agit d'une clause 'déraisonnablement préjudiciable' au regard du contenu et de la nature du contrat, de l'origine de la clause, des intérêts des parties et des circonstances de chaque cas. L'examen d'une clause à la lumière de cet article forme généralement – conformément à l'enseignement de l'effet restrictif de la raison et de l'équité dont est issu 233 par. (a) – une recherche factuelle qui accorde une attention particulière aux circonstances personnelles. Sous l'influence de l'obligation européenne d'un examen d'office (qui n'a par ailleurs pas été codifié mais est très amplement respecté aux Pays-Bas), cette recherche prend des formes plus abstraites, notamment dans les cas examinés par défaut.

Les listes des articles 236 et 237 du Livre 6 CCN contiennent des listes de clauses présumées (« grises ») et déclarées abusives (« noires »). Elles sont très souvent utilisées, comme l'est la liste illustrative et indicative de la directive européenne. Celle-ci contient des clauses non répertoriées dans les listes nationales comme la clause de pénalité et la clause autorisant une modification unilatérale des termes du contrat. Les juges font souvent appel à la liste

³⁸ Cela peut être déduit de décisions de l'autorité de régulation de la publicité : 2013/00846 ; 2017/00613. Même si ce vendeur contracte à son propre nom, il intègre son offre sur un site commercial et contracte par son biais. Il incombe à ce site de promouvoir la livraison d'informations obligatoires par la façon dont celles-ci sont présentées.

européenne sans que celle-ci ait été transposée dans le droit national. Le juge du fond a tendance à appliquer cette liste comme une liste « grise ».³⁹

B L'exigence de transparence des clauses contractuelles

La transparence est exigée en termes généraux par la loi mais le non-respect de l'exigence ne connaît pas de sanction mis à part l'interprétation *contra proferentem*. Il n'y a pas de loi exigeant une taille de caractères par exemple. Un manque de transparence ne rend pas une clause abusive si ce manque n'engendre pas de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. De même, le consommateur accepte les clauses générales 'dans leur ensemble' (art. 232 du Livre 6 CCN). Elles font partie du contrat même si le consommateur n'a pu prendre connaissance de leur contenu. Il existe une possibilité d'annuler ces clauses si elles ne lui ont pas été remises en main propre, mais cette obligation d'information ne concerne pas la transparence des clauses. Elle a trait à leur mise à disposition au moment de la conclusion du contrat (art. 233 (b) et 234 du Livre 6 CCN).

Depuis quelques temps et l'entrée en vigueur (2014) de la nouvelle sanction contractuelle mise au service de la victime de pratiques commerciales déloyales, le juge du fond est disposé à annuler des clauses non-transparentes comme étant des pratiques commerciales, plus précisément des omissions trompeuses.⁴⁰

C La sanction des clauses abusives

La sanction qu'encourt la clause abusive est la nullité relative, une sanction devant en principe être demandée par le consommateur. En principe, car le juge est obligé d'appliquer la sanction d'office. La jurisprudence européenne, largement appliquée par les juges du fond, a été confirmée par la Cour de cassation en 2013. Les cours de première instance ont mis au point un document de travail comprenant une approche systématique, notamment dans les jugements par défaut. Ce document, paru pour la première fois en 2010, en est à sa troisième édition cette année.

Les conséquences de l'annulation d'une clause – plus précisément la possibilité pour le professionnel de retomber subsidiairement sur le droit supplétif – donne lieu à des débats animés actuellement.⁴¹ La question est de savoir si la mise en action du droit supplétif ne revient pas à la situation interdite par la CJUE dans les arrêts Banesto, Asbeek, Unicaja et Kásler. La révision est interdite, et l'argument souvent soulevé qu'une clause peut être modérée ne peut plus jouer en faveur de ladite clause lors de son examen.

Certains juges du fond ont appliqué la jurisprudence européenne de façon stricte, en refusant d'appliquer le droit supplétif en cas d'annulation de la clause abusive. La Cour de cassation

³⁹ C.M.D.S. Pavillon, 'De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint van grijs?', in W.H. van Boom e.a. (red.) *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders*. Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 343-356.

⁴⁰ ECLI:NL:RBNHO:2014:9422.

⁴¹ C.M.D.S. Pavillon, 'Op de blaren zitten?' Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties', TvC 2018-1.

continue à appliquer ce droit après l'annulation d'une clause pénale.⁴² Le refus d'appliquer le droit supplétif ne semble néanmoins pas avoir un effet très dissuasif : une petite étude (non publiée encore) réalisée en début d'année a révélé que beaucoup de clauses annulées dans des procédures individuelles continuent à être utilisées.

§2 La prohibition des pratiques commerciales déloyales

La directive sur les pratiques commerciales a été transposée assez littéralement dans le Code civil en 2008. Celui-ci contenait déjà les notions de publicité trompeuse et du consommateur moyen.

Le consommateur moyen aux Pays-Bas est traditionnellement considéré comme étant rationnel. Il est, comme la CJUE l'a défini, 'normalement informé et raisonnablement attentif et avisé'. Il prend connaissance des conditions générales imprimées en petits caractères. Il n'est par exemple pas dupé par une publicité de la banque ING dans laquelle celle-ci propose un compte épargne avec un taux de 4% très vite revu à la baisse.⁴³ Il n'est pas trompé non plus par la publicité sur les contrats de *leasing* d'actions.⁴⁴ Dans les décisions de la Cour de cassation, le niveau de protection offert par les dispositions transposant la directive n'est pas très élevé.

Il en est autrement de la jurisprudence des juges du fond. Dans un nombre de décisions rendues en première instance, le consommateur est largement protégé.⁴⁵ Dans certains cas, le juge est même allé jusqu'à appliquer les dispositions et/ou la sanction concernant les pratiques commerciales déloyales d'office, alors qu'aucune obligation de cette portée ne ressort encore du droit européen.

Le consommateur économiquement faible n'est pas spécifiquement protégé par cette législation. Définir ce consommateur comme étant vulnérable ne semble pas autorisé par la directive et les juges ni l'ACM n'ont jamais encore défini un consommateur économiquement faible comme étant vulnérable au sens de la directive. Le consommateur économiquement vulnérable dépend pour sa protection des vices du consentement comme l'abus des circonstances et le dol (qui offrent une protection limitée). La lutte contre les pratiques déloyales par l'ACM semble néanmoins parfois être particulièrement bénéfique pour le consommateur économiquement vulnérable. Plusieurs agences de recouvrement de créances ont récemment été mises au pilori pour pratiques commerciales agressives.⁴⁶ Ces pratiques sont en effet souvent ciblées vers un groupe de consommateurs économiquement faibles.

Il existe la possibilité d'annuler un contrat conclu sous l'influence d'une pratique commerciale déloyale (art. 193j §3 du Livre 6 CCN). Cette sanction a été créée en 2014, six ans après la transposition de la directive du même nom après une étude approfondie de la sanction belge. Le caractère dissuasif de cette nullité relative est discutable. Il appartient au

⁴² ECLI:NL:HR:2017:773.

⁴³ ECLI:NL:HR:2015:1191.

⁴⁴ ECLI:NL:HR:2009:BH2815.

⁴⁵ ECLI:NL:RBAMS:2017:6552.

⁴⁶ Bien avant l'arrêt *Gelvora* C-357/16, EU:C:2017:573.

consommateur de l'invoquer. Certaines cours sont disposées à appliquer cette sanction civile nationale d'office, comme les sanctions européennes découlant des directives portant sur les contrats.

Il y a d'autres 'sanctions' civiles applicables, notamment la demande de dommages et intérêts, la pratique commerciale déloyale constituant un délit civil. La transposition de la directive a eu lieu dans le Livre 6 dans la section dédiée à la faute. Ce choix a été critiqué pour ne pas être très effectif : la victime de pratiques déloyales veut se défaire du contrat et ne subit pas beaucoup de dommages, mis à part une grande déception. Du fait du choix de la faute comme fondement légal et des critères objectifs (« le consommateur moyen »), les consommateurs individuels n'avaient pas grand intérêt à invoquer les dispositions transposant la directive dans le cadre d'une procédure civile. La nouvelle sanction semble rendre la protection contre les pratiques commerciales plus accessible. « Semble », car pour l'heure la nouvelle sanction n'a pas (encore) donné lieu à une abondante jurisprudence.

Les possibilités pour les concurrents d'agir contre les pratiques commerciales sur la base des dispositions transposant la directive ont, à tort, souvent été minimisées. La raison pour la retenue des concurrents est le fait que la loi parle d'un acte illicite *à l'égard du* consommateur, ce qui au regard de la théorie de la relativité aquilienne (art. 163 du Livre 6 CCN) laisse supposer que la norme transgressée ne protège que le consommateur et ne peut donc être invoquée par le professionnel.

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

B Le formalisme contractuel et sanctions

Le formalisme joue un rôle assez limité dans la protection de la partie vulnérable. Une règle lui venant régulièrement en aide est celle du consentement obligatoire de l'époux (art. 88 du Livre 1 CCN). Dès 2008, la Cour de cassation a considéré nécessaire le consentement de l'époux pour la conclusion du contrat de *leasing* d'actions. L'absence de consentement autorise l'époux à annuler le contrat.⁴⁷

Différentes dispositions obligent les parties à mettre un contrat par écrit. Le contrat de prévente d'un bien immobilier doit, si l'acheteur est un particulier, être établi par écrit sous peine de nullité. Il en est de même pour un contrat d'entreprise si le maître d'ouvrage est un consommateur. Si le vendeur du bien immobilier est un particulier, il peut lui aussi se prévaloir de cette nullité que d'aucuns pensaient relative.⁴⁸

Conclusion

La protection de la partie vulnérable du point de vue économique par le droit commun passe largement par des normes ouvertes telles les exigences de raison et d'équité. Les vices du consentement jouent un rôle bien moins important. Le CCN de 1992 contient un certain nombre de dispositions nationales (demi-)impératives protégeant la personne physique

⁴⁷ www.zonebourse.com/DEXIA-26472954/pdf/724175/Dexia_Rapport-annuel.pdf, p. 25.

⁴⁸ ECLI:NL:HR:2011:BU7412.

n'agissant pas dans un but professionnel contractant avec une partie professionnelle. A ces normes et règles s'est ajouté le dispositif européen de protection du consommateur. Et, depuis peu, il est aussi question de protéger la partie professionnelle vulnérable telle le franchisé ou la victime d'acquisition frauduleuse.

En avril 2017, un projet de loi pour la réforme de la discipline du contrat de franchise a été publié.⁴⁹ Il prévoit d'introduire dans le livre 7 du CCN une référence et donc une obligation d'adhésion au code de conduite existant depuis peu dans le secteur. Ce code, contenant des obligations d'information et de diligence très strictes à l'égard du franchisé, n'a jusqu'à maintenant pas reçu beaucoup de soutien. Le projet de loi vise à renforcer la protection du franchisé qui est traditionnellement considéré comme la partie la plus faible du rapport de franchise.⁵⁰ Il laisse néanmoins au secteur la liberté de modifier le code auquel le CCN réfère.

En 2016, le *Wet Acquisitiefraude* a été intégré dans le code civil. Afin d'améliorer la protection contre la fraude à l'acquisition dont les PME sont victimes, la portée de la pratique et de l'omission trompeuses, normes issues de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, a été étendue aux parties professionnelles (dans un article différent : art. 194 du Livre 6 CCN). L'infraction de ces normes constitue une faute. La partie professionnelle profite comme le consommateur d'un allègement de la preuve qui lui fait défaut quand elle se base sur l'erreur ou le dol. Elle n'a pas recours à la possibilité d'annuler un contrat conclu sous l'influence d'une pratique commerciale déloyale (art. 193j §3 du Livre 6 CCN).

⁴⁹ www.internetconsultatie.nl/franchise/details

⁵⁰ I. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', AA20170600.