



**THE 'UNFAIR TERMS' DIRECTIVE,  
FIVE YEARS ON  
Evaluation and future perspectives**

**LA DIRECTIVE «CLAUSES ABUSIVES»,  
CINQ ANS APRÈS  
Évaluation et perspectives pour l'avenir**



Brussels Conference

Conférence de Bruxelles

**1-3.7.1999**

European Commission  
Directorate-General  
for Health and Consumer  
Protection

Commission européenne  
Direction générale  
de la santé et de la protection  
des consommateurs

**THE 'UNFAIR TERMS' DIRECTIVE,  
FIVE YEARS ON**

**Evaluation and future perspectives**

**LA DIRECTIVE «CLAUSES ABUSIVES»,  
CINQ ANS APRÈS**

**Évaluation et perspectives pour l'avenir**

Brussels Conference

Conférence de Bruxelles

1-3.7.1999

A great deal of additional information on the European Union is available on the Internet. It can be accessed through the Europa server (<http://europa.eu.int>).  
De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur Internet via le serveur Europa (<http://europa.eu.int>).

Cataloguing data can be found at the end of this publication.  
Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000  
Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000

ISBN 92-828-8316-7

© European Communities, 2000  
Reproduction is authorised provided the source is acknowledged.  
© Communautés européennes, 2000  
Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

*Printed in Italy*

PRINTED ON WHITE CHLORINE-FREE PAPER  
IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

**THE 'UNFAIR TERMS' DIRECTIVE,  
FIVE YEARS ON**

**Evaluation and future perspectives**

**LA DIRECTIVE «CLAUSES ABUSIVES»,  
CINQ ANS APRÈS**

**Évaluation et perspectives pour l'avenir**

**The European Commission organised the conference ‘The directive on “unfair terms”, five years later — evaluation and future perspectives’ to give rise to an open discussion on the application of the Directive 93/13 EEC on unfair terms in consumer contracts. The conference was an important step in helping the Commission to write the report on the application of the directive that has to be submitted to the European Parliament and the Council.**

**The conference minutes consist of the speakers’ interventions, the preparatory documents and the conclusions of the workshops as well as, in the attachments, the national reports written by the different contracting parties responsible for the collection and the analysis of the national ‘case law’ for the CLAB database (<http://europa.eu.int/clab/index.htm>).**

**The content of these documents is the exclusive responsibility of their authors and binds by no means the European Commission.**

\* \* \*

**La conférence «La directive “clauses abusives”, 5 ans après — Évaluation et perspectives pour l’avenir» a été organisée par la Commission européenne en vue de permettre une discussion ouverte sur l’application de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Elle a constitué un des éléments importants d’aide à la rédaction par la Commission du rapport sur l’application de la directive qu’elle doit soumettre au Parlement européen et au Conseil.**

**Les actes de la conférence reprennent les interventions des conférenciers, les documents préparatoires et les conclusions des ateliers ainsi que, en annexe, les rapports nationaux élaborés par les différents contractants responsables de la collecte et de l’analyse de la «jurisprudence» nationale consolidée dans la base de données CLAB (<http://europa.eu.int/clab/index.htm>).**

**Les affirmations développées dans ces documents relèvent de la responsabilité exclusive de leurs auteurs et n’engagent nullement la Commission européenne.**

# TABLE OF CONTENTS

## TABLE DES MATIÈRES

### THE INTEGRATION OF DIRECTIVE 93/13/EEC INTO THE NATIONAL LEGAL SYSTEMS

### L'INTÉGRATION DE LA DIRECTIVE 93/13/CEE DANS LES SYSTÈMES LÉGISLATIFS NATIONAUX

#### A. Implementation of Directive 93/13/EEC

##### **Mise en œuvre de la directive 93/13/CEE** 11

Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13/CEE,  
Mário Tenreiro, chef d'unité C2, direction générale de la santé  
et de la protection des consommateurs,  
Elena Ferioli

13

#### B. Some national experiences

##### **Quelques expériences nationales** 23

1. A Nordic perspective, Thomas Wilhelmsson,  
Professor at the University of Helsinki 25
2. Experience in the United Kingdom, Robert Bradgate,  
Reader in Commercial Law, Institute for Commercial Law Studies,  
University of Sheffield 35
3. L'expérience en Italie, Guido Alpa,  
professeur à l'institut de droit privé, faculté de droit de Rome 53
4. L'expérience au Portugal, António Pinto Monteiro,  
professeur à la faculté de droit de Coimbra 71
5. L'expérience en Belgique, Thierry Bourgoignie,  
professeur CDC, UCL, Louvain-la-Neuve 79

#### WORKSHOPS

##### Preliminary documents and final reports

#### ATELIERS

##### Documents préparatoires et rapports finaux

##### **Workshop 1**

The scope of the directive: non-negotiated terms in consumer contracts  
(Articles 1, paragraph 1, 3, paragraph 1, and 4, paragraph 2)  
*Chairman: Thomas Wilhelmsson, Professor at the University of Helsinki*

93

##### **Atelier 1**

Le champ d'application de la directive: les clauses non négociées dans les contrats  
de consommation (articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, 3, paragraphe 1, et 4, paragraphe 2)  
*Président: Thomas Wilhelmsson, professeur à l'université de Helsinki*

101

<b>Workshop 2</b>	
The application of the directive to public services <i>Chairman: Harriet Hall NCC, United Kingdom</i>	<b>109</b>
<b>Atelier 2</b>	
L'application de la directive aux prestations des services publics <i>Président: Harriet Hall, NCC, Royaume-Uni</i>	<b>117</b>
<b>Workshop 3</b>	
The definition of 'unfairness': The application of Articles 3(1), 4(1) — and of the annexes of the directive <i>Chairman: Vincenzo Roppo, Professor at the University of Genoa, Italy</i>	<b>125</b>
<b>Atelier 3</b>	
La définition du caractère abusif: l'application des articles 3, paragraphe 1, et 4, paragraphe 1, et les annexes de la directive <i>Président: Vincenzo Roppo, professeur à l'université de Gênes, Italie</i>	<b>135</b>
<b>Workshop 4</b>	
Obligation of clarity and favourable interpretation to the consumer (Article 5) <i>Chairman: Hans Micklitz, Professor of Law at the University of Berlin, Germany</i>	<b>147</b>
<b>Atelier 4</b>	
Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (Article 5) <i>Président: Hans Micklitz, professeur de droit à l'université de Berlin, Allemagne</i>	<b>159</b>
<b>Workshop 5</b>	
Clearing of the market: the mechanism for controlling unfair terms (Article 7) <i>Chairman: M. J. Calais-Auloy, Professor at the Faculty of Law of Montpellier I, France</i>	<b>173</b>
<b>Atelier 5</b>	
L'assainissement du marché: le mécanisme de contrôle des clauses abusives (Article 7) <i>Président: M. J. Calais-Auloy, professeur à la faculté de droit de Montpellier I, France</i>	<b>183</b>
<b>Workshop 6</b>	
The application of the directive to the financial services and the new technologies <i>Chairman: Norbert Reich, Doctor Professor of Law at the University of Bremen, Germany</i>	<b>193</b>
<b>Atelier 6</b>	
L'application de la directive aux services financiers et aux nouvelles technologies <i>Président: Norbert Reich, docteur professeur de droit à l'université de Brême, Allemagne</i>	<b>203</b>
<b>CONCLUSION</b>	
Mário Tenreiro, Head of Unit C2, Health and Consumer Protection DG	<b>213</b>
<b>ANNEXES</b>	
Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in the Federal Republic of Germany <i>Rapporteur: Hans-W. Micklitz</i>	<b>221</b>

Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Austria <i>Rapporteur: Peter Kolba</i>	<b>230</b>
Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE en Belgique <i>Rapporteurs: O. Leroux Th. Bourgoignie V. Cambier</i>	<b>240</b>
The Directive 93/13/EEC, 5 April, about unfair terms in consumers contracts: the case of Spain <i>Rapporteur: Natalia Morte de Rego</i>	<b>245</b>
Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Sweden <i>Rapporteur: Peter Dyer</i>	<b>261</b>
Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE en France <i>Rapporteur: Marie-Odile Thiry-Duarte</i>	<b>267</b>
Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Greece <i>Rapporteur: Nikos Tzortzopoulos</i>	<b>281</b>
Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in the United Kingdom and the Republic of Ireland <i>Rapporteur: Brian St. J. Collins</i>	<b>288</b>
Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Italy <i>Rapporteur: Rossella De Negri</i>	<b>303</b>
Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE au Portugal <i>Rapporteur: Maria Cristina Portugal</i>	<b>313</b>





**THE INTEGRATION OF DIRECTIVE 93/13/EEC  
INTO THE NATIONAL LEGAL SYSTEMS**

**L'INTÉGRATION DE LA DIRECTIVE 93/13/CEE  
DANS LES SYSTÈMES LÉGISLATIFS NATIONAUX**



**A.**

**Implementation of Directive 93/13/EEC  
Mise en œuvre de la directive 93/13/CEE**

# Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13/CEE,

*Mário Tenreiro, chef d'unité C2, direction générale de la santé et de la protection des consommateurs,  
Elena Ferioli*

## 1. Le champ d'application de la directive

Le champ d'application de la directive 93/13/CEE est défini par une disposition positive qui l'identifie de façon très générale (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1) et par trois dispositions «négatives», c'est-à-dire trois articles qui prévoient l'exclusion du champ d'application de certaines catégories des clauses contractuelles (articles 3, paragraphe 1, 1, paragraphe 2, et 4, paragraphe 2).

En effet, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, prévoit que la directive sur les clauses abusives s'applique à tous les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel, mais dans ces contrats-là elle ne s'applique pas à toutes les clauses:

- ayant fait l'objet d'une négociation individuelle (article 3, paragraphe 1);
- qui relèvent des dispositions nationales législatives ou réglementaires impératives ou des dispositions ou principes des conventions internationales (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2);
- qui portent sur la définition du prix et sur l'objet principal du contrat, si elles sont claires et compréhensibles (article 4, paragraphe 2).

### 1.1. Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1

En ce qui concerne la transposition dans les législations des États membres de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, certains États ont étendu le champ d'application de la directive à tous les contrats, en prévoyant l'application de la loi de transposition de la directive pas seulement aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, mais aussi aux contrats conclus entre les professionnels. Il s'agit de l'Allemagne, des Pays-Bas et du Portugal qui avaient déjà choisi, avant l'entrée en vigueur de la directive 93/13/CEE, de soumettre au contrôle toutes les clauses standard dans toutes les catégories de contrats, que ce soit ceux conclus avec les consommateurs ou ceux conclus entre les professionnels <sup>(1)</sup>.

Ainsi défini le champ d'application de la directive, on pourrait se poser la question de savoir si cette définition du champ d'application satisfait le point de vue des professionnels. En effet, il y a évidemment des milieux professionnels qui se trouvent coincés entre deux réalités: d'un côté, il y a des clauses qui ne peuvent pas être imposées aux consommateurs puisqu'elles sont abusives par rapport au consommateur, d'un autre côté, il y a des clauses qui leur sont imposées par les échelons supérieurs de la chaîne de commercialisation et contre lesquelles ils ne peuvent rien faire, sauf dans les États où il y a une législation transversale qui couvre aussi ces questions.

---

<sup>(1)</sup> L'Espagne, par une nouvelle loi de 1998, a également étendu le champ d'application dans ce domaine.

Pour certains pays on a eu des problèmes d'interprétation, parce que la loi de transposition semblait limiter le champ d'application aux contrats ayant pour objet la cession des biens et la prestation de services. Dans la plupart de ces cas on a résolu ce problème d'interprétation puisque ces États membres ont, dans la plupart des cas, expliqué que le champ d'application n'était pas limité à ce genre de contrats (Irlande, Royaume-Uni) ou puisqu'ils ont accepté de modifier leur loi de transposition (Belgique, Italie).

Il s'agit, en général, d'une question qui est liée directement à la notion juridique traditionnelle de consommateur. En effet, traditionnellement, le consommateur est défini par de nombreuses législations des États membres comme celui qui achète des biens ou des services. Donc, certains pays, en faisant référence à cette définition traditionnelle de consommateur, semblaient limiter le champ d'application de la loi de transposition seulement aux contrats de vente de biens ou de services.

Cependant, dans la directive 93/13/CEE le consommateur est défini comme celui qui contracte avec un professionnel en dehors de son activité professionnelle, indépendamment du type de contrat en cause. Cela veut dire que la directive couvre non seulement les contrats de prestation de biens et de services, mais aussi, par exemple, les contrats de prestation de caution et autres contrats qui ne peuvent pas être définis comme contrats de prestation de biens ou de services. Elle couvre même les cas où le consommateur vend un bien à un professionnel qui l'achète dans le but de le revendre.

### **1.2. Article 3, paragraphe 1**

En ce qui concerne l'exclusion du champ d'application de la directive des clauses négociées individuellement, il est important de souligner que ce n'est pas le contrat qui ne doit pas avoir été négocié, mais les clauses contractuelles. Donc la question n'est pas de savoir si le contrat lui-même a été négocié ou pas, mais quelles clauses ont éventuellement été négociées individuellement.

Certains États membres appliquent la loi de transposition aussi aux clauses négociées individuellement. Il s'agit de la Belgique, de la France, des pays nordiques et, dans une certaine mesure, des Pays-Bas et de l'Autriche qui ont décidé d'étendre le champ d'application de la directive de cette façon.

En revanche, on a eu des problèmes dans certains États membres pour l'application de la loi de transposition aux clauses non standardisées. En effet, la directive couvre non seulement les contrats standard, c'est-à-dire les contrats qui sont rédigés pour une masse indéterminée de sujets, mais aussi le contrat qui a été fait pour un seul consommateur, pourvu que les clauses n'aient pas été effectivement négociées. Les législations nationales qui appliquaient la directive seulement aux contrats standard limitaient donc de façon illégitime le champ d'application de celle-ci. Pour cette raison, par exemple, l'Allemagne a changé sa loi avant de la notifier à la Commission et le législateur portugais vient de le faire à la suite d'une procédure d'infraction ouverte par la Commission.

### **1.3. Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2**

Pour ce qui concerne l'exclusion du champ d'application de la directive des clauses qui relèvent des dispositions nationales législatives ou réglementaires impératives ou des conventions internationales, on peut constater que certains États membres n'ont pas transposé la disposition de la directive qui prévoit cette limitation. Cela signifie qu'ils n'ont pas trouvé nécessaire d'introduire cette limitation. Il s'agit notamment de la Belgique, du Danemark, de la Grèce, de la France, des Pays-Bas, de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède.

À cet égard, on peut signaler que le Royaume-Uni n'avait pas transposé le terme «impératives» contenu dans l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive. Il s'agit d'un terme assez important dans le texte de la directive parce qu'il est lié à la problématique de l'application de la directive aux prestations des services publics, qui sera traitée en profondeur dans l'atelier 2. Il reste néanmoins

à savoir si cette omission entraîne des conséquences pratiques. Finalement, le Royaume-Uni a transposé le terme «impératives» par une modification de son ancienne législation.

#### **1.4. Article 4, paragraphe 2**

En ce qui concerne la troisième limitation au champ d'application de la directive (c'est-à-dire l'exclusion des clauses qui portent sur la définition du prix et sur l'objet principal du contrat, si elles sont claires et compréhensibles), certains pays n'ont pas transposé cette disposition en considérant, évidemment, que les clauses relatives au prix et à l'objet du contrat peuvent tout à fait être contrôlées de la même façon que les autres clauses. Il s'agit notamment du Danemark, de la Grèce, de l'Espagne, du Luxembourg, du Portugal, de la Finlande et de la Suède.

Par contre, d'autres États membres (tels que la France) n'ont pas transposé, au moins de façon expresse, la condition de clarté et de compréhensibilité. Cela veut dire que, dans ces cas, la directive n'est jamais applicable aux clauses qui portent sur l'objet principal du contrat et sur le prix même si elles ne sont pas claires.

Il s'agit d'une limitation du champ d'application que la Commission a jugé être une véritable infraction à la transposition correcte de la directive <sup>(2)</sup>.

#### **1.5. Article 2, points b) et c)**

Le champ d'application est d'ailleurs défini aussi par les notions de «consommateur» et «professionnel». Elles sont prévues par l'article 2, points b) et c).

La transposition de ces notions n'a pas soulevé de difficultés sauf en ce qui concerne la définition de «professionnel». En effet, parfois le législateur national l'a défini comme le vendeur de biens ou le prestataire de services (Irlande, Royaume-Uni), et donc il y avait le problème, dont on a déjà parlé, de savoir si la directive pouvait être appliquée aussi aux contrats qui n'étaient pas de vente de biens ou de services.

De plus, en ce qui concerne la définition de consommateur, la Belgique et l'Espagne n'ont pas fait de distinction dans leur législation, entre personne physique et personne morale, alors que la directive définit celui-ci comme une personne physique. Sur ce point, au moment de la discussion de la directive, il y avait eu un débat significatif puisqu'on se demandait si les personnes morales devaient avoir le droit d'être protégées par rapport aux clauses abusives comme les personnes physiques.

## **2. La notion de négociation individuelle**

### **2.1. Article 3, paragraphe 2, premier alinéa**

L'article 3, paragraphe 2, de la directive donne la définition de la clause non négociée. La clause non négociée est celle qui a été rédigée préalablement et sur le contenu de laquelle le consommateur n'a pas pu avoir une influence.

Certains États n'ont pas transposé spécifiquement cet article. Il s'agit surtout des pays qui appliquent la loi nationale de transposition de la directive aussi aux clauses négociées et donc ils n'avaient pas d'intérêt à savoir ce qu'on doit considérer comme clause non négociée.

Les autres pays ont adopté des formulations assez semblables à celles de la directive.

### **2.2. Article 3, paragraphe 2, deuxième alinéa**

L'article 3, paragraphe 2, deuxième alinéa, prévoit l'application de la directive aussi aux contrats dans lesquels des clauses isolées ont été rédigées individuellement, si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit, malgré tout, d'un contrat d'adhésion.

<sup>(2)</sup> La France a communiqué récemment à la Commission qu'elle procéderait à compléter ses mesures de transposition en vue de donner plein effet à l'article 4, paragraphe 2.

Cependant, cette disposition semble inutile dans le cadre de la directive, puisque celle-ci ne s'applique pas seulement aux contrats standard, mais à tous les contrats conclus avec les consommateurs et à toutes les clauses non négociées.

Cette disposition est donc rentrée dans le texte de la directive sur la base d'une tradition juridique nationale, mais elle n'est pas très explicable à la lumière de l'économie du texte législatif de la directive.

Cela pourrait se retourner contre le but du législateur européen lui-même, parce que cette disposition semble affaiblir finalement l'interprétation préalable qu'on avait donnée sur le champ d'application de la directive.

### **2.3. Article 3, paragraphe 2, troisième alinéa**

L'article 3, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive prévoit que si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

Cette disposition a été transposée avec des différences rédactionnelles mineures par tous les États membres qui ont limité le champ d'application de la loi de transposition aux clauses non individuellement négociées.

Évidemment, les États membres qui appliquent la loi de transposition à toutes les clauses, pas seulement aux clauses non négociées individuellement, n'ont pas eu besoin de transposer cet article.

## **3. Définition de clauses abusives**

### **3.1. Article 3, paragraphe 1**

La directive prévoit une définition générale de clause abusive, donnée par l'article 3, paragraphe 1, puis elle établit aussi une liste indicative de types de clauses abusives dans une annexe. Le critère général prévu par la directive, c'est qu'une clause est abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat.

Cet article a été plusieurs fois changé pendant les travaux préparatoires de la directive. La proposition originale de cette disposition présentée par la Commission prévoyait quatre critères qui définissaient la notion de clause abusive: le critère de la bonne foi était un critère autonome et un seul de ces critères était suffisant pour considérer une clause comme abusive. À la fin, le législateur a tout unifié dans un seul critère qui s'inspire largement des textes législatifs existant avant la directive et, notamment, des lois allemande et portugaise qui faisaient appel à deux notions: à la bonne foi et à la notion de déséquilibre entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat.

On a beaucoup discuté sur les notions de ces deux critères. Nous avons toujours soutenu que ces deux notions ne sont pas tellement différentes et que, loin d'être des critères alternatifs ou autonomes, il existe un seul critère complexe, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible qu'une clause qui crée un déséquilibre significatif ne soit pas contraire à la bonne foi.

Certains États membres ont transposé l'article 3, paragraphe 1, de façon littérale: par exemple, l'Espagne, l'Irlande, l'Italie, le Royaume-Uni. Il s'agit surtout des pays qui n'avaient pas encore une législation nationale générale en la matière ou des États, comme l'Italie, qui avaient une législation très ancienne, mais avec une philosophie tout à fait différente de celle de la directive.

Certains États membres ont au contraire transposé cette disposition de façon formellement incomplète puisqu'ils n'ont pas inséré dans leur loi nationale de transposition l'expression «en dépit de l'exigence de bonne foi». Il s'agit, par exemple, de la Belgique, de la Grèce, de la



France et du Luxembourg, qui ont donc défini dans leur législation la clause abusive comme une clause qui crée seulement un déséquilibre significatif entre les parties.

Le Luxembourg d'ailleurs ne prévoit pas non plus que le déséquilibre doit être significatif, mais pour la loi luxembourgeoise il suffit qu'une clause crée un déséquilibre pour qu'elle puisse être considérée comme abusive.

En Italie, il y a eu beaucoup d'hésitations, au début, sur l'interprétation de la notion de bonne foi parce qu'on se demandait si l'on devait l'interpréter comme subjective ou objective. À cet égard, on doit souligner que, bien que dans la directive il y ait des considérants qui ne sont pas très explicatifs, il n'y a pas de doute qu'il s'agit de bonne foi objective. La bonne foi est un critère objectif d'équilibre (balance) du contrat et elle n'a rien à faire avec l'intention des parties, surtout parce qu'on vise des clauses non négociées.

Les législations nationales d'autres États membres ont introduit des notions différentes de clause abusive. La loi portugaise, par exemple, fait appel seulement à la bonne foi, en prévoyant qu'une clause est abusive si elle est contraire à la seule bonne foi, incluant en soi déjà toute la richesse de ce concept.

La loi néerlandaise consacre le critère du caractère anormalement onéreux de la clause pour une des parties. L'Allemagne fait appel au critère de désavantage anormal au mépris des principes de bonne foi et d'équité.

En ce qui concerne les pays nordiques, la législation danoise parle d'«usages honnêtes en matière commerciale». La loi suédoise fait appel à la «contrariété aux bonnes mœurs qui crée un déséquilibre notable». La Finlande, enfin, se limite à interdire les clauses contractuelles qui sont abusives pour les consommateurs sans en donner aucune définition.

Ces différentes transpositions n'ont pas inquiété outre mesure la Commission parce qu'on a pensé qu'un critère général est le fruit de la pratique et de l'interprétation que lui donne la jurisprudence. La loi luxembourgeoise ne parle pas de déséquilibre «significatif», mais peut-être que la jurisprudence dans un autre pays, où la loi nationale parle de déséquilibre significatif, est beaucoup plus avancée dans le contrôle des clauses abusives. En Finlande, où il semble qu'il n'y ait pas de critère général pour définir une clause comme abusive, cela fait longtemps qu'on contrôle les clauses abusives dans la pratique .

C'est donc la pratique d'application de la directive qui a intéressé la Commission et non la comparaison littérale des textes législatifs.

### **3.2. Article 3, paragraphe 3**

L'annexe de la directive contient une liste indicative sur les types de clauses qui peuvent être considérées comme abusives selon le critère général de l'article 3, paragraphe 1. C'est une liste «indicative», c'est-à-dire une liste qui contient des exemples pour les juges des clauses qui peuvent être considérées comme abusives, mais les juges ne sont pas obligés de déclarer comme abusive une clause qui se trouve dans la liste.

On avait beaucoup discuté sur la nature de cette liste dans les travaux préparatoires de la directive: le Parlement et la Commission voulaient une liste «noire», surtout parce qu'une liste noire aurait poussé l'harmonisation des législations des États membres.

L'annexe de la directive a posé plusieurs problèmes de transposition.

Les pays nordiques, par exemple, n'ont pas transposé l'annexe dans leur législation nationale, mais ils ont seulement cité les clauses de la liste dans l'exposé des motifs du projet de loi. La raison de ce choix dépend de la conviction que la transposition de l'annexe pourrait être finalement contraire aux intérêts des consommateurs.

Au contraire, dans d'autres pays on a pu constater que la liste est un élément qui peut vraiment assurer une application effective de la protection des consommateurs.

Il a y des États membres qui ont tout simplement copié la liste, en gardant son caractère non contraignant (liste blanche). Il s'agit de la France, de l'Irlande et du Royaume-Uni.

D'autres pays ont prévu que les clauses contenues dans ces listes sont automatiquement abusives (liste noire): par exemple, la Belgique, la Grèce, l'Espagne, le Luxembourg et l'Autriche.

D'autres États membres ont des listes noires/grises: l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas et le Portugal.

## 4. Rédaction et interprétation des clauses

### 4.1. Article 5, phrase 1

Cette première disposition de l'article 5 prévoit le principe de la clarté et de la compréhensibilité des clauses contractuelles rédigées par écrit.

Certains États membres (tels que les Pays-Bas) n'ont pas expressément transposé cette disposition et, à cet égard, il y a encore des discussions en cours entre la Commission et ces pays.

Pour tous les autres pays, il est parfois difficile de comprendre comment dans la pratique cela est effectivement traduit.

### 4.2. Article 5, phrase 2

Cette deuxième disposition de l'article 5 prévoit la règle de l'interprétation la plus favorable au consommateur.

Là encore, certains États membres (tels que les Pays-Bas) n'ont pas transposé expressément cette disposition.

Par contre, il y a des règles plus générales de droit civil qui disent qu'une disposition doit être interprétée en défaveur de la partie qui l'a rédigée. À cet égard on doit se demander si ces règles générales contenues souvent dans les codes civils nationaux aboutissent au même résultat que l'article prévu par la directive.

L'article 5, phrase 2, prévoit une règle d'interprétation qui va beaucoup plus loin qu'une simple règle générale d'interprétation, en prévoyant une sanction véritable quand une clause est non claire et non compréhensible. Il s'agit en effet de donner à la clause non claire l'interprétation *la plus favorable* au consommateur (pas seulement l'interprétation en faveur du consommateur) comme sanction par manque de clarté.

### 4.3. Article 5, phrase 3

Cette troisième disposition de l'article 5 prévoit que la règle de l'interprétation la plus favorable au consommateur ne s'applique pas dans le cadre des procédures en cessation prévues par l'article 7, paragraphe 2, de la directive.

Cela est prévu parce que si ce principe d'interprétation s'appliquait aussi à ces procédures-là, cela pourrait être contraire aux intérêts des consommateurs. En effet, le consommateur risque de voir la règle d'interprétation se retourner contre ses intérêts en empêchant l'élimination, par voie d'action en cessation, des clauses abusives. Or il est important que des clauses abusives, ou susceptibles de l'être, ne figurent plus dans les contrats soumis aux consommateurs.

Certains pays n'ont pas transposé cette troisième disposition de l'article 5 (notamment la Belgique, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni), mais, dans la plupart des cas, la Commission a reçu l'assurance que le système en lui-même fonctionne <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Certains États membres (Belgique, Grèce, Portugal et Royaume-Uni) ont déjà procédé à amender leurs législations en vue de transposer la phrase 3 de l'article 5. D'autres se sont engagés à adopter prochainement des modifications sur ce point (Italie et Pays-Bas).

## 5. Effets de la détermination du caractère abusif

### 5.1. Article 6, paragraphe 1

Cette disposition prévoit que dans le contrat particulier et dans le cadre d'un conflit individuel, les clauses abusives ne lient pas le consommateur.

Dans la directive, on a décidé de ne pas établir une sanction spécifique pour la clause abusive (c'est-à-dire de ne pas prévoir qu'elle soit nulle, inefficace, etc.), mais on a utilisé un terme neutre.

Cet article a été transposé en beaucoup de façons différentes: la Belgique, l'Espagne, le Luxembourg, le Portugal et la Suède ont prévu la nullité des clauses, les Pays-Bas ont prévu l'annulation des clauses. L'Italie a prévu que les clauses déclarées abusives soient «inefficaces» pour le consommateur. La Finlande a prévu que les clauses abusives peuvent faire l'objet d'une adaptation ou ne pas être appliquées. Enfin, l'Irlande et le Royaume-Uni ont transposé littéralement l'article 6, paragraphe 1, de la directive, sans chercher dans leur système juridique un type de sanction préexistante à la directive.

Un des problèmes qui se pose à cet égard concerne le pouvoir du juge d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause, sans que les parties l'invoquent. Une question préjudicielle est actuellement pendante devant la Cour de justice sur cette matière <sup>(4)</sup>.

Plus généralement, il faut s'assurer que les différents systèmes nationaux permettent d'arriver, en toute circonstance, au but recherché par la directive: que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs.

### 5.2. Article 6, paragraphe 1, phrase 2

Le reste du contrat reste contraignant pour les parties selon les mêmes termes, parce que, dans le cas contraire, la solution pourrait être encore plus défavorable pour le consommateur.

Il est intéressant de voir que certains pays ont prévu que ce soit le consommateur qui puisse décider si le contrat est encore contraignant ou pas (Portugal, Suède).

## 6. Contrôle abstrait des clauses

### 6.1. Article 7, paragraphe 1

La directive donne aux États membres une obligation de résultat, en prévoyant que ceux-ci doivent avoir dans leurs législations des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives (article 7, paragraphe 1).

### 6.2. Article 7, paragraphe 2

Elle donne aussi aux États membres le choix entre une procédure judiciaire ou une procédure administrative pour organiser les contrôles abstraits des clauses.

Toutes les législations nationales ont opté pour l'option judiciaire. En effet, dans l'état actuel du droit positif des États membres, seuls des organes judiciaires sont compétents pour faire cesser l'utilisation des clauses contractuelles abusives.

Cette procédure judiciaire, en ce qui concerne la compétence matérielle, est soit soumise aux tribunaux ordinaires (dans la plupart des États membres) soit à des juridictions particulières (High Court pour l'Irlande et le Royaume-Uni, Market Court dans les pays nordiques). En ce qui concerne la compétence du lieu, celle-ci est attribuée soit aux tribunaux du lieu du domicile

---

<sup>(4)</sup> L'avocat général s'est déjà prononcé dans ses conclusions du 16 décembre 1999 (affaires C-240/98 à C-244/98 Océano Grupo Editorial et Salvat Editores c/Rocio Murciano Quintero et autres) en déclarant que la directive confère au juge national le pouvoir de soulever d'office l'inefficacité d'une clause déterminée et d'écarter le droit national contraire qui lui empêcherait d'exercer ce pouvoir.

du défendeur (dans la plupart des États membres) soit à un tribunal unique ayant compétence pour tout le territoire national (cas du Market Court dans les pays scandinaves).

L'Espagne a créé un système spécifique d'enregistrement de clauses abusives et des contrats (*Registro de condiciones generales*).

Il est intéressant de souligner que, malgré la prééminence du caractère judiciaire, plusieurs systèmes présentent une composante «administrative» non négligeable. À cet effet, dans certains États membres non seulement les associations de consommateurs <sup>(5)</sup> peuvent demander la cessation des clauses abusives devant les tribunaux, mais l'initiative peut également provenir d'une personne chargée d'une mission d'intérêt public (tel est le cas par exemple, du *Director of the Office of Fair Trading* au Royaume-Uni <sup>(6)</sup>, du *Director of Consumer Affairs* en Irlande, du médiateur dans les pays scandinaves, du ministère public en Espagne et au Portugal, etc.).

### 6.3. Article 7, paragraphe 3

La directive prévoit des actions non seulement contre les associations de professionnels qui utilisent des clauses abusives, mais aussi contre celles qui recommandent l'utilisation de clauses abusives.

La législation de quelques pays (tels que l'Italie) ne prévoit pas encore expressément la possibilité de mener une action en cessation contre les associations de professionnels ou les professionnels qui recommandent l'utilisation de clauses abusives.

## 7. Détermination de la loi applicable

### 7.1. Article 6, paragraphe 2

La directive prévoit l'obligation pour les États membres d'éviter que le consommateur soit privé de la protection accordée par la directive du fait du choix du droit d'un pays tiers, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire européen.

Il s'agit d'un point très technique qui n'a pas été bien compris par plusieurs législateurs des États membres. En effet, la directive ne se prononce pas sur la loi applicable au contrat. Le but de l'article 6, paragraphe 2, est seulement d'assurer au consommateur, en cas de choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, qu'il puisse bénéficier de la protection qui lui est conférée par la directive.

Certains États, soit n'avaient pas transposé (Belgique, France) <sup>(7)</sup>, soit avaient transposé (Allemagne, Luxembourg, Pays-Bas) <sup>(8)</sup> de manière incomplète l'article 6, paragraphe 2, puisqu'ils ne garantissent la protection des dispositions de la directive que lorsque le contrat présente un lien avec leurs territoires respectifs. Par conséquent, les juridictions de ces États, face à un contrat présentant un lien avec le territoire d'un autre État membre, risquent d'appliquer dans une telle hypothèse la loi étrangère choisie par les parties et de ne pas accorder au consommateur, par conséquent, la protection voulue par l'article 6, paragraphe 2.

D'autres États membres (tels que la Grèce et l'Espagne) ont transposé l'article 6, paragraphe 2, d'une façon semblable à l'article 5 de la convention de Rome de 1980 sur les obligations

<sup>(5)</sup> L'Irlande reste l'exception, puisque seul le *Director-General of Consumers Affairs* s'est vu conférer le droit de saisir les tribunaux en vue de faire cesser l'utilisation des clauses abusives. Une procédure d'infraction est toujours pendante à l'encontre de l'Irlande sur ce point, puisque la directive établit que toute personne ou organisation ayant un intérêt légitime à protéger le consommateur doit bénéficier du droit d'agir en cessation.

<sup>(6)</sup> Le Royaume-Uni a permis récemment (par la modification de ses anciennes mesures de transposition de 1994) que d'autres entités, autres que le *Director-General of the Office of Fair Trading*, ayant un intérêt à protéger les consommateurs puissent saisir les tribunaux.

<sup>(7)</sup> Ces deux États ont finalement transposé l'article 6, paragraphe 2, au sein de leur législation de transposition.

<sup>(8)</sup> L'Allemagne s'est engagée à modifier sa législation en vue de se conformer aux exigences de l'article 6, paragraphe 2. Les Pays-Bas ont fourni des explications satisfaisantes à la Commission quant à la conformité de leur législation au regard de l'article 6, paragraphe 2. Le Luxembourg fait toujours l'objet d'une procédure d'infraction sur ce point.

contractuelles, mais il est assez clair que la directive a voulu aller plus loin que celle-ci, en donnant au consommateur une protection supplémentaire.

## 8. Le contrôle de la transposition

La Commission a essayé de faire une analyse très approfondie de tous les textes législatifs de transposition. Tous les pays ont reçu au moins des demandes d'informations pour approfondir les connaissances des dossiers.

Quels sont les résultats obtenus jusqu'à maintenant?

La Commission a obtenu très souvent des explications satisfaisantes de la part des États membres et continue les discussions avec les États membres en vue d'assurer une transposition complète et efficace de la directive.

Dans d'autres cas, certains États membres soit se sont engagés à amender les mesures de transposition nationales (Finlande) <sup>(9)</sup>, soit ont finalement changé la loi et ont communiqué de nouveaux textes à la Commission (la Belgique, à deux reprises, et le Portugal) <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Entre-temps, la Finlande a communiqué une nouvelle loi de 1999. D'autres États membres se sont également engagés à modifier leurs mesures de transposition (Allemagne, France, Italie, Pays-Bas).

<sup>(10)</sup> Entre-temps, d'autres États membres (Grèce et Royaume-Uni) ont communiqué de nouvelles mesures amendant leurs législations de transposition antérieures.



**B.**

**Some national experiences**

**Quelques expériences nationales**





# 1. A Nordic perspective

Thomas WILHELMSSON, Professor at the University of Helsinki.

## The unfair contract terms directive and the Nordic contract model <sup>(1)</sup>

### 1. Introduction

By the Council directive on unfair terms in consumer contracts <sup>(2)</sup> European Community law attempts, for the first time, to regulate a central area of private law. The rules on fairness of contracts lie at the very core of the private law paradigm and ideas about fairness form one part of the prevailing contract model. The question of the implementation of the directive is therefore extremely interesting not only from a legal–technical point of view (i.e. what concrete amendments of national legislation are required by the directive?), but also, and more especially, from a more theoretical perspective. The question here is, how does the contract model on which the directive seems to be built relate to the contract model(s) prevailing in national contract discourses?

This paper focuses on the relation between Nordic contract law and the directive. This comparison is especially interesting in view of the fact that the Nordic countries have a reputation for emphasising the fairness principle in contract law more than most other legal systems. The question then is how these relatively radical contract law systems are affected by the directive <sup>(3)</sup>.

In the following I will first give a general description of the Nordic provisions for promoting fairness in consumer contracts (Section 2). Thereafter I will, as a concrete background, shortly look at the legal–technical aspect of implementation: in what respects have substantive amendments to Nordic law been required? (Section 3). Then, in the final part of the paper (Section 4), I will address the more theoretical question of the relation between EC and Nordic contract paradigms. There is also a time dimension implicit in this structure: Section 3 deals with the short-term impact of the directive on Nordic law, while Section 4 analyses possible long-term effects of the EC contract thinking as expressed in the directive.

### 2. The Nordic fairness model

The process establishing the unification of contract law among the Nordic countries has been long in the making. The basic legislation, the Contracts Act, is almost the same in all the Nordic

---

<sup>(1)</sup> This report is an updated and somewhat revised version of parts of my paper 'The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Finland' in Maniet, F. and Dunaj, B., (eds), *The implementation process of EU directives on product safety, product liability and unfair contract terms*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1994.

<sup>(2)</sup> Directive 93/13/EEC, (OJ L 95/29, 21.4.1993).

<sup>(3)</sup> It should be mentioned that the directive is formally binding not only on those Nordic countries which are members of the European Union, but also on the others, through the Agreement on the European Economic Area (EEA).

countries, and the most important type of contract — the sale of goods — is governed by similar provisions in Finland, Norway and Sweden. So although in principle there are five national systems of contract law in force in the Nordic countries, it is still possible to speak of a single common contract paradigm where most rules and principles are the same.

We have already noted that in many respects Nordic contract law seems to be at one end of the scale of contractual regimes in the developed capitalist world of today. On a scale of what at present could be loosely referred to as social elements in contract law Nordic law has to be put relatively high; in some respects it even seems to be extremely 'social'.

In what respects, then, is Nordic contract law so 'social'? Probably the first thing which comes to mind when confronted with such a claim is the theoretically, but also to some extent practically, important general restrictions on the principle of freedom of contract in favour of the weaker party. Of course in most systems of contract law there has been an increase in mandatory legislation on important contract types. Nordic law does not differ in this respect. Here, however, the development has gone further in the sense that the courts have been given the power to reject and adjust contractual terms which they consider unfair. This power is not restricted to certain classes of contract, such as consumer contracts or standard-form contracts, but has a general scope. This general power has, during the 1970s and 1980s, in the various Nordic countries been expressly regulated by amendments to the Nordic contracts acts. In each country a new Section 36 of the Contracts Act was introduced which regulated the adjustment of unfair contract terms, albeit this clause has a somewhat different wording in each country <sup>(4)</sup>.

The general clause in Section 36 of the Contracts Act is applicable to consumer contracts as well. In the Swedish version of the general clause it is even explicitly stated that a court, when evaluating the fairness of a contract, should give special regard to the need for protection of persons who, as consumers or otherwise, are in an inferior position in the contractual relationship. This means that the threshold for adjustment shall be lower in such consumer and similar cases. In Finnish law a special general clause on adjustment of consumer contracts in Chapter 4 of the Consumer Protection Act <sup>(5)</sup> was retained when the new Section 36 of the Contracts Act was inserted.

The emphasis on fairness in contractual relations is not only confined to the function of the courts in individual cases. It is generally recognised that such a system would be inefficient from the point of view of promoting fairness in practice. Such issues as procedural risk, or insufficient knowledge may form important obstacles for the use of such means. Collective methods for regulating fairness have therefore also received a prominent place in the Nordic system.

The collective regulation of contract terms is based on broad general clauses. These are not, however, the same as those which are used in individual cases (primarily Section 36 of the Contracts Act). For example, in Chapter 3 of the Finnish Consumer Protection Act, the collective regulation of contract terms in consumer contracts has received its own rules, starting with the general clause in Section 1. According to this section, a business is forbidden to use a contract term which is deemed to be unfair from the consumers' point of view. Corresponding rules can be found in the other Nordic countries. Based on these rules on collective regulation the courts (in Finland the Market Court) have the power to issue an injunction, enjoining the merchant to refrain from using a contract term which the court considers unfair. The injunction does not formally affect the validity of the forbidden term and is reinforced by the conditional imposition of a fine.

The injunction cases are primarily brought to the court by the Consumer Ombudsman, who supervises the use of contract terms in relation to consumers. If the Consumer Ombudsman does

---

<sup>(4)</sup> Section 36 was added to the Contracts Act in Sweden by Act 1976:185, in Finland by Act 956/1982 and in Norway by Act 160/1983.

<sup>(5)</sup> Kuluttajansuojalaki (in Swedish: Konsumentskyddslag) 38/1978.

not act, consumer organisations also have standing in these cases. The Consumer Ombudsman in the Nordic countries has a central position in the system for regulating unfair contract terms. Acting as plaintiff in injunction cases is only a small part of his activity in this area; much more important are the negotiations which the Consumer Ombudsman conducts with various business organisations in order to develop the contract forms used in their lines of business. This informal negotiation activity has resulted in new standard contract forms for several areas of consumer contracts.

Many of the new social elements in Nordic contract law belong to consumer law, a branch of law which has attracted considerable attention in the Nordic countries since the 1970s. The consumer concept has become a central legal concept in the sphere of private law. It is generally recognised that consumer contracts are governed by rules and principles which at least partly differ from those of general contract law. Consumer contract law is in some respects treated as a separate branch of contract law.

The 'social' element in Nordic contract law is not limited only to concrete legislation of the type mentioned above: attempts have also been made to develop a more comprehensive doctrine of social contract law where the fairness principle would play a more dominant role than in the traditional contract paradigm <sup>(6)</sup>.

### 3. Particular amendments caused by the directive

The brief survey of the Nordic systems for regulating fairness of consumer contracts shows that they clearly fulfil the basic requirements established by the directive. There are general clauses much resembling the rules in the directive which give the courts the possibility to intervene against unfair contract terms in individual disputes. There is also a system of collective regulation, administered primarily by the consumer ombudsmen, which meets the demand of the directive (Article 7) for adequate and effective means to prevent the use of unfair contract terms. This means that the implementation of the directive has required only relatively few amendments to the present legislation. Such amendments have been jointly drafted by the Nordic ministries of justice. The legislation is not, however, identical in the different countries. I will not describe the amendments in their entirety. It is sufficient for our purposes to look at the amendments effected in one country. For natural reasons I will therefore focus on the Finnish version of the amendments.

The changes were effected through an act amending the Consumer Protection Act (CPA) in 1994 <sup>(7)</sup>.

The following amendments may be mentioned in this context.

(i) The wording of the general clause in CPA Chapter 4, Section 1 was amended to fulfil the demands of the directive. Some of the criteria for unfairness mentioned in Article 4 of the directive were added to the CPA. However, this did not imply any change in reality, as the criteria mentioned had been applied earlier anyway, on the basis of analogies from the general adjustment rule in the Contracts Act, Section 36 <sup>(8)</sup>.

(ii) Only one of the amendments seems to have any practical effect worth mentioning. This amendment concerns the addressee of possible injunctions in the collective procedure for the regulation of fairness of contracts.

<sup>(6)</sup> See, for example, Wilhelmsson, T., *Social civilrätt* (Social civil law), Juristförbundets Förlag, Helsinki, 1987 and *Critical studies in private law*, Kluwer, Dordrecht, 1992, Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* (The system of contract law and the adjustment of contracts), Vammala, Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1988 and Stridbeck, *Från kontrakt till social rättighet* (From contract to social right), Lund University Press, Lund, 1992.

<sup>(7)</sup> Act 16.12.1994/1259.

<sup>(8)</sup> Wilhelmsson, T., *Konsumentskyddet i Finland*, Juristförbundets Förlag, Helsinki, 1989, p. 193.

According to earlier Finnish law the Consumer Ombudsman (notwithstanding the fact that he, on a voluntary basis, has concluded negotiations with trade organisations concerning the standard-form contracts which they prepare for their member enterprises) could take only enterprises and not their organisations to the Market Court. If a trade organisation recommended to its members standard-forms which were unfair, the Consumer Ombudsman could only take legal measures against the member enterprises who followed the recommendation.

However, according to the amended legislation (CPA, Chapter 3, Section 1(2)) trade organisations are subject to an independent obligation to see to it that the forms they make or recommend do not lead to unfairness towards consumers. The Market Court can issue an injunction against an organisation which does not adhere to this obligation, and an organisation which continues to recommend unfair terms after having received the injunction can be sentenced to pay a fine.

The new rule has been welcomed from a consumer point of view as it has given the Consumer Ombudsman an additional means of support in his negotiations with the trade organisations. It has improved the opportunities for defending the consumer's interest on a general level, and not only in relation to specific enterprises.

The reform is based on the wording of Article 7(3) of the unfair contract terms directive, according to which the legal remedies referred to in the article may be directed, *inter alia*, against sellers' or suppliers' associations which recommend the use of contractual terms. However, it is doubtful whether there really was any legal necessity for the amendment; according to the formulation of Article 7(3) the rules shall apply only 'with due regard for national laws'. Be that as it may, even though it is not clear whether the amendment was necessary from a Community law point of view, there were, as mentioned above, good substantive reasons for it.

(iii) According to Article 5 of the directive an unclear term should be interpreted in favour of the consumer. Although this principle concerning interpretation of contracts *in dubio contra stipulatorem* has been accepted in Finnish court practice<sup>(9)</sup>, this has not been deemed sufficient from the point of view of implementation of the unfair contract terms directive. An express provision is therefore contained in the Consumer Protection Act, according to which a term which is formulated in advance without a possibility for the consumer to influence its content shall be interpreted in favour of the consumer (CPA, Chapter 4, Section 3)<sup>(10)</sup>.

(iv) As will be shown in the next section of the paper (Section 4, (iii)) the approach in the directive concerning the effect of changed circumstances after the conclusion of the contract differs from that of Nordic contract law: according to the directive the fairness assessment should focus on the circumstances at the time when the contract was concluded, thereby excluding the relevance of changes, while again the changes expressly have to be taken into account in the application of the Nordic rules. As the directive is a minimum directive this does not pose any problems in situations where a fair contract becomes unfair towards the consumer because of changes in circumstances. Even though in this case the directive does not require any adjustment to the contract, it does not form any obstacle against an adjustment on the basis of national

---

<sup>(9)</sup> Supreme Court 1978 II 126.

<sup>(10)</sup> There is an important practical impreciseness in the requirement of transparency which both the directive and Finnish law fail to address: the language in which the terms should be given to the consumer. This problem has been addressed in various ways in several directives concerning labelling as well as in the Timeshare directive and the Payment Systems recommendation. These rules are, however, heterogeneous and cannot be used to construct any general principle, although consumers often may prefer the consumer-friendly solution of the Timeshare directive, requiring the contract to be drawn up in at least the official Community language of the Member State in which the purchaser resides, or, if he so wishes, in the language of the Member State in which he is a national. At this stage, waiting for cases to reach the ECJ, one might only conclude rather vaguely that the requirement of intelligibility obviously must pose some restrictions on the choice of language in various parts of the Community. In this sense there is not any free movement of standard-form conditions.

law. However, in the reverse situation, when a contract is unfair towards the consumer when it is concluded, but loses its unfair character because of a change in circumstances, the directive would in principle require adjustment, whereas Nordic law would not. Since national law should not go below the minimum protection afforded by the directive, the Nordic solution in principle had to be changed.

The situation just mentioned, however, seems very theoretical and it is hard to imagine that a clear-cut conflict of the said kind would often arise in practice. In the obviously extremely rare cases in which this would happen the problem could be solved with the help of the Community law principle according to which national law should be interpreted in conformity with community legislation<sup>(11)</sup>. No amendments to the Nordic law really seemed necessary on this point. However, in the amended Finnish Act there is an express provision according to which changes in circumstances should not be taken into account to the detriment of the consumer (CPA, Chapter 4, Section 2(2)). This detail of the act shows an extreme degree of legalism of the Finnish lawmaker in the implementation of EC directives.

(v) A similarly formalistic and rather unnecessary amendment was made in CPA Chapter 4, Section 2(3). According to the Consumer Protection Act in its original form, adjustment of one clause may lead to adjustment of other parts of the contract in favour of both the consumer and the enterprise; the aim is that the court should strive at a balance that is fair for both parties. As this opportunity to adjust other parts of the contract is not foreseen in the directive and as national law cannot lower the protection below what the directive prescribes, the abovementioned amendment forbids the adjustment of other parts of the contract — other than the unfair clause — to the detriment of the consumer.

(vi) The unfair contract terms directive in an annex contains an indicative and non-exhaustive list of examples of unfair terms. This grey-list<sup>(12)</sup> approach is strange for Nordic law. The Nordic general clauses have not been illustrated by long lists of specific examples in the text of the enactments, but the examples are usually given only in textual parts of the government bills or in other parts of the *travaux préparatoires* to the acts.

This solution has also been retained in the implementation of the directive. The examples of the annex have not been included in the amendments to the legislation. They are, however, described and commented upon in the explanatory part of the government bill<sup>(13)</sup>. In this way the courts are given the necessary guidance concerning their obligation to take into account the examples in the annex when applying the general clauses concerning unfair contract terms.

As the *travaux préparatoires* are considered to be an important source of law in the Nordic legal systems this solution might function in practice. Nevertheless, one may express reasonable doubt as to whether this manner of implementing the directive is sufficient from a Community law point of view. The word 'indicative' can be given various interpretations<sup>(14)</sup> and it is not necessarily the one which equates it with 'non-binding' that will prevail. One could as well defend an interpretation according to which the Member States should have a list, even though they are free to edit it according to their own needs<sup>(15)</sup>. In this context one might also mention the Community law principle of effective judicial protection which may imply a requirement

<sup>(11)</sup> See on this principle the decision of the European Court of Justice in *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Case C-106/89 (1991) ECR 4135.

<sup>(12)</sup> The term 'grey list' is used instead of 'black list', as the list is only indicative and not binding as such, see, for example, Dean, 'Unfair contract terms: the European approach', 56 *Modern Law Review*, pp. 581–90, at 587.

<sup>(13)</sup> Finnish Government Bill 218/1994 pp. 10–14.

<sup>(14)</sup> See Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*, Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1994, p. 66–68.

<sup>(15)</sup> See, for example, Davis, 'Unfair contract terms: Council Directive 93/13/EEC of March 2, 1993, 1' *Consumer Law Journal 1993, Current Survey*, p. 25–32, at 29: 'the Commission is keen for Member States to edit the list to the requirements of their own legal systems and laws of contract.'

that consumers get the necessary information concerning the examples directly through the text of the law without having to consult the *travaux préparatoires* <sup>(16)</sup>.

(vii) Later the international private law provision in Article 6(2) of the directive has been implemented through an additional provision in the Consumer Protection Act (CPA, Chapter 4, Section 5) <sup>(17)</sup>.

#### 4. The directive and Nordic contract thinking

As shown above, the unfair contract terms directive has not led to any fundamental changes in the Nordic legislation. There were very few short-term demands for changes in Nordic law because of the directive. Nevertheless it would be somewhat premature to claim that the directive is inconsequential from a Nordic point of view. There are in fact rather deep paradigmatic differences in approach between the directive and Nordic law. In the long run — through the influence of general contract thinking — the diverse starting points of the directive may have an adverse effect on Nordic contract law.

Now is the time to consider some of the problematic points in the directive <sup>(18)</sup>.

The problematic character of the rules referred to below may be seen in various contexts. The feared changes in contractual thinking may lead to changes in practice and in legislation. Besides this active role the new ideas may also have a passive effect on the development, functioning as obstacles to the development of new more social rules and doctrines. Both perspectives are to be kept in mind in considering the following.

(i) *Individually negotiated contracts*. A strong respect for freedom of contract, as traditionally understood, is contained in the basic solution adopted in the unfair contract terms directive, under which the unfairness control on contract terms is only applied to contract terms that have not been individually negotiated. The directive does not require substantive consumer protection to be extended to individually negotiated contract terms <sup>(19)</sup>.

There is no corresponding restriction in the adjustment provision of Section 36 of the Nordic Contracts Act or in the corresponding provision of Chapter 4, Section 1 of the Finnish Consumer Protection Act. Not even Chapter 3 of the Finnish Consumer Protection Act on collective regulation of contract terms has been restricted to standard-form contracts <sup>(20)</sup>.

As a minimum directive, the unfair contract terms directive places no obligation on the national lawmaker to delimit the power of the courts and supervisory authorities in the way described above. It is probably not even the purpose of the delimitation adopted in the Unfair Contract Terms directive to promote such restrictions: the basis for the delimitation was mainly the difficulty in finding unanimity over the need to regulate the fairness of individually negotiated contracts <sup>(21)</sup>. However, the presumption underlying the delimitation of the scope of the directive, i.e., that there would be less need to interfere in individually negotiated contracts, or that it would even be contrary to the basic principles of a market economy to do so, may support

<sup>(16)</sup> Compare the decision of the European Court of Justice in the case *Commission v Denmark*, Case 143/83 (1985) ECR 427, where the court found that a Danish implementation of a provision in a labour law directive through *travaux préparatoires* was insufficient.

<sup>(17)</sup> Act 18.12.1998/416.

<sup>(18)</sup> The text is taken from the book by the author, *Social Contract Law and European Integration*, Chapter 6.

<sup>(19)</sup> One should note, however, that the concept 'not individually negotiated contracts' has been given a very broad definition in the directive so as not excessively to limit the scope of application of the directive. The directive does not only cover standard-form contracts proper, but also such individual terms put forward by the seller or supplier, concerning which there has been no negotiation. One could speak about 'pre-formulated individual terms'.

<sup>(20)</sup> See, for example, Government Bill 8/1977 p. 35.

<sup>(21)</sup> See the Preamble to the directive: 'Whereas, however, as they now stand, national laws allow only partial harmonisation to be envisaged; whereas, in particular, only contractual terms which have not been individually negotiated are covered by this directive...'

similar ways of thinking taking root in national law too. The sensitivity to the adjustment of individually negotiated contract terms may decrease.

The delimitation of the unfair contract terms directive concerning individually negotiated contract terms may also in a more general way strengthen the differentiation of individual and standardised terms in Nordic contract law. In contrast to, for example, Germany, which has specific legislation concerning standard-form conditions <sup>(22)</sup>, this differentiation has not yet been considered very central in Nordic law. Even though there is special literature on standard-form conditions, it is a question of differences in emphasis only, not of a classification of standard-form conditions as a separate entity <sup>(23)</sup>. The fact that in the application of the adjustment provision, standard-form conditions may more easily be presumed to be unbalanced in Nordic law as well, does not alter this starting point. In the application of a provision on adjustment, no essential or insurmountable difference exists between individual and standard terms.

Viewed from the perspective of consumer protection, it is not a very desirable development that the principle of fairness is delimited to apply only to terms which are not individually negotiated. An imbalance of power may prevail also between the parties to individual contracts, forcing one of the parties to accept terms more or less dictated by the other party. It is true that in such a situation the consumer may be protected by the provision on the burden of proof contained in Article 3(2) of the directive. Under this provision, a seller who claims that a term has been individually negotiated has the burden of proof for his claim. Despite this, a growth in the differentiation between individual and standardised terms is problematic for general contract law thinking. It may result in the new ways of thinking relating to the principle of fairness being delimited to the area of standard-form contracts alone, while the traditional, general starting points of contract law may be retained almost unchanged.

Very typical adjustment cases in the Finnish setting are teenagers who have bought their first used cars for an excessive price, because of insufficient knowledge and impatience. Here Finnish boards and courts have adjusted the prices, although they were both individually agreed and related to the price/performance relationship (see below). From a consumer point of view it would be regrettable if such a practice would become more difficult.

(ii) *Price/performance relationship*. A traditional approach to the problems of contract law can also be seen in the unwillingness to adopt substantive regulation of the most central parts of the contract, that is the price/performance relationship. According to Article 4(2) of the directive the assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, in so far as these terms are in plain intelligible language. It is also true that in this respect the unfair contract terms directive is a minimum directive and as such does not prevent the more comprehensive view on adjustment prevailing in Nordic law. This unwillingness may, however, for its part, also influence the attitudes (the general doctrine) prevailing there.

Section 36(3) of the Finnish Contracts Act contains an express provision making it possible to adjust the amount of consideration in order to eliminate the opinion (which was fairly common earlier) that any adjustment of the price would not be possible. Even though Section 36 of the Contracts Act of the other Nordic countries do not contain any similar express provisions, it is clear that the price can be adjusted in those countries as well <sup>(24)</sup>. The adjustment provision of Chapter 4, Section 1 of the Finnish Consumer Protection Act also expressly states

---

<sup>(22)</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 1976.

<sup>(23)</sup> See especially Bernitz, *Standardavtalsrätt* (The law on standard-form contracts), 6th ed., Stockholm, Marknadsrättsförlaget, 1993 p. 20 ff. and Wilhelmsson, T., *Standardavtal* (Standard-form contracts), Juristförbundets Förlag, Helsingfors, 2nd ed., 1995, p. 41 ff.

<sup>(24)</sup> See, for example, *Statens Offentliga Utredningar*, Sweden 1974:83 p. 164 ff. and Krüger, *Norsk kontraktrett* (Norwegian contract law), Alma mater, Bergen, 1989 p. 403.

that the price may be adjusted. The main point here is that it is possible to interfere with a contractual relationship where the balance between performance and counter-performance is exceptionally disadvantageous to the weaker party relative to general practice in the field in question.

Although the Nordic adjustment provisions do not aim at any more general regulation of the price level, the difference between the attitudes behind these provisions and those behind the unfair contract terms directive is in principle of great significance with regard to the development of the contract model. If one wants to develop new contract law thinking (new contract models), where the principle of fairness would occupy an important role, it is important that this principle is also applicable to the most central parts of the contract <sup>(25)</sup>.

Unfortunately it is possible that the possible negative influence of the directive can already be seen even in Finland. It is interesting to compare the grounds of the Finnish Supreme Court in a case where adjustment of an insurance contract was denied <sup>(26)</sup> with the preamble of the unfair contract terms directive. The Supreme Court stated (translated here): 'The amount of an insurance premium depends on the scope of events that have been agreed to be covered by the insurance. This means that the scope of the insurance cover is usually negotiable. For this reason, an insurance term limiting the liability of the insurance company could only in exceptional cases be deemed unfair in the sense that it could be adjusted under Section 36, paragraph 1 of the Contracts Act. In the case of A, no such special circumstances have been presented that would give reason to such adjustment.' <sup>(27)</sup>

(iii) *Static contract law*. In line with the problematic points presented above are the strong static stresses of Community contract law (see above Section 3, iv). The starting point for adjustment under the unfair contract terms directive are the circumstances that prevailed at the time the contract was concluded.

In this respect the philosophy behind the directive differs from the notion adopted in modern Nordic contract law. It has been said that one of the most important symbolic effects of Section 36 of the Contracts Act is that the basic theme of the assessment of unfairness has been moved from the time of the conclusion of the contract to the time when the contract is to be applied <sup>(28)</sup>. The main question posed in connection with the adjustment of contracts concerns the consequences that the application of the contract would give rise to in a specific situation. Therefore it is natural that the wording of Section 36 of the Contracts Act requires that the circumstances prevailing after the conclusion of the contract are taken into consideration.

Although the unfair contract terms directive, as a minimum directive, does not necessarily require a change in this type of dynamic approach, except in the rare situations mentioned above (Section 3, iv), the harmonising tendency of European regulation concerning fairness in contractual relations might, here as elsewhere, create pressures towards increasing the relative importance of the more traditional approach in connection with adjustment decisions.

<sup>(25)</sup> See, for example, Pöyhönen 1988 p. 191 ff., 262 ff., in whose outline for a contract model (the paradigm of just social practice) the fairness principle expressly applies to the contractual balance.

<sup>(26)</sup> Supreme Court 1993:18.

<sup>(27)</sup> The preamble of the directive states the following about an insurance contract: '... whereas it follows, *inter alia*, that in insurance contracts, the terms which clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer's liability shall not be subject to such assessment since these restrictions are taken into account in calculating the premium paid by the consumer'.

The decision of the Finnish Supreme Court is given before the unfair contract terms directive was adopted. However, the cited part of the preamble was contained already in the common position of 1992.

The harsh ruling of the Supreme Court might have been another if it could have looked at the German version of the directive, which seems to allow a larger scope of adjustment in insurance matters. In the German preamble the word 'since' is replaced by 'sofern' = 'in so far as'.

<sup>(28)</sup> Krüger 1989 p. 402.



The directive's focus on the content of the contract when the contract was made seems to be in line with its more abstract approach to unfairness than that prevailing in Nordic law <sup>(29)</sup>. Nordic law has, in general, used different general clauses to regulate individual and collective assessment of fairness. One of the reasons for this has been the wish to stress the importance of comprehensive total consideration of individual cases. This does, of course, not exclude a more abstract, typified consideration where this looks necessary in the light of the guiding effect that is sought for by the general clause in question <sup>(30)</sup>. Despite this fact, Nordic adjustment provisions are strongly based on the idea of effecting fairness in an individual case.

Part of the more abstract approach of Community contract law is the 'introspectively juridical' way of assessing contractual balance, which can be seen behind some of the examples in the annex of the directive. I am here referring to a kind of 'philosophy of symmetry', under which a contract is not considered unfair as long as both parties have the same legal rights against the other in similar situations. A clause on forfeiture directed against the consumer is to be deemed unfair unless a similar clause directed against the entrepreneur is incorporated in the contract. Only on a very abstract legal level this solution appears balanced. Its connection with the actual need for protection experienced by consumers, however, seems rather weak. In reality a consumer who cancels or breaches the contract, thereby perhaps losing a considerable economic input, hardly finds consolation in the fact that he could have used the same legal remedies against the entrepreneur in the often totally unrealistic situation that the latter would have cancelled the contract. In the concrete assessment performed under Nordic law, this type of connection on the legal level would not form any weighty argument against adjustment <sup>(31)</sup>. The 'philosophy of symmetry' would constitute an alien element, at least in Nordic consumer law, threatening the more concrete reflection on the actual problems confronting both parties at the stage when the contract is applied *in concreto*.

The relatively abstract approach of the directive also makes it hard to take into account personal factors — the situation of the 'poor and ignorant man' — in the assessment of fairness. Admittedly the preamble to the directive expressly states that, 'in making an assessment of good faith, particular regard shall be had to the strength of the bargaining positions of the parties', but the structures analysed above are not very favourable to such a line of argument. And even though some ability-oriented factors may be taken into account when assessing the procedure for concluding the contract, the static approach of the directive does not open up for noting special needs of the consumer related to the application of the contract. There seems to be little room for such need-oriented reasoning — focusing on the special needs of consumers arising from poverty, illness, unemployment etc. for example in situations of social force *majeure* — which

<sup>(29)</sup> Admittedly, according to Article 4(1) of the directive the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent. In this rule the need to take into account all the circumstances surrounding the making of a contract is emphasised, which points at a very situation-specific and concrete assessment of unfairness. In German legal doctrine many writers because of this see the fairness control of the unfair contract terms directive as 'concrete-individual' in comparison with the 'supra-individual-generalising' control in German law, see, for example, Damm, R., 'Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht' (1994) 49 *Juristenzeitung* 161 at p. 172 et seq., Eckert, H.-W., 'Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht' (1993) 47 *Wortpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 1070 at p. 1075 and Hommelhoff, P., and Wiedenmann, K.-U., 'Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen' (1993) 14 *ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 562 at p. 568.

<sup>(30)</sup> See Government Bill 247/1981 p. 12.

<sup>(31)</sup> SOU 1974:83 p. 153. The general view adopted in the Nordic countries has, in fact, been that the unfairness of a term can be compensated for by the other terms of the contract up to a certain level only. There are terms which are so severe that their effect cannot be compensated for by means of the other terms of the contract, Government Bill 247/1981 p. 12. Compare the statement in the preamble of the unfair contract terms directive by which the price/quality ratio may be taken into account in assessing the fairness of other terms.

has emerged in the Nordic setting <sup>(32)</sup>. In this way the directive reflects the relative unsensibility of EC law towards the special needs of weak and vulnerable consumers.

It seems important from the point of view of general contract thinking that there remains a possibility in Nordic law of retaining a concrete assessment of fairness, for example, in situations where the application of a term will bring about an unfair result although the term itself is quite common and acceptable. In an assessment focusing on the events when the contract was made the institution of contract is easily treated in a rather traditional way. The provisions on unfairness are only seen to form the limits within which individual autonomy may freely be exercised. Acceptance of a concrete assessment, focusing on the consequences of the application of the contract, will better serve to indicate the changed notion of contract and the role of the courts in maintaining contractual relationships. A contract can then be seen as a societal instrument for the distribution of property, which is enforced by the courts only in so far as its results are fair.

---

<sup>(32)</sup> See Wilhelmsson, T., *Critical studies in private law*, 1992.

## 2. Experience in the United Kingdom

Robert BRADGATE, Reader in Commercial Law, Institute for Commercial Law Studies,  
University of Sheffield.

To an English lawyer the unfair terms directive was a curious mixture of the familiar and the strange. There was nothing new in the concept of protecting a weaker contracting party against the imposition by a stronger contract partner of harsh, unfair or oppressive contract terms contained in a standard-form. Before 1994 English law had already evolved a number of legal concepts designed to do just that. Even some of the detailed provisions of the directive seemed familiar. On the other hand the directive introduced some strange, new concepts. In particular the directive was widely — if slightly inaccurately — hailed as introducing, for the first time in English law, a general requirement of ‘good faith’. Now, five years on from the implementation of the directive, it is possible to make a tentative evaluation of its effects on English law. To make such an evaluation we must start by considering the state of English law as it was prior to the implementation of the directive in 1994.

### **The position prior to 1994**

English contract law is a mixture of common-law and statute law. On the whole consumer protection law is generally statutory. However, the common-law too has a role to play and the English law controlling unfair contract terms prior to 1994 was a mixture of common-law and statute. The common-law had evolved two main sets of rules to control standard terms, nominally concerned with the incorporation of terms into the contract and their construction.

#### ***Incorporation of terms***

First, it was well established that a term can only be relied upon if effectively incorporated into the contract, and the general rule is that terms printed on an unsigned document are only incorporated if the person seeking to rely on them has taken reasonable steps to bring them to the attention of the other party. The rationale for this rule is based in the objective theory of consensus. If A has taken reasonable steps to bring his terms to B’s attention and B accepts them without objection, A can say that he reasonably believed that B was consenting to them.

This rule was qualified in a line of cases dating from the 1960s by a rule developed, initially by Lord Denning, to protect consumers against unfair exclusion clauses, according to which where an individual term is unusual or particularly onerous — in other words the sort of term which a person would not reasonably expect to find in the particular type of contract — it cannot be relied upon unless the person putting it forward has taken special steps to bring the particular term to the attention of the other party, for instance by (as Lord Denning once put it) ‘printing it in red ink with a red hand pointing to it’ <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> See *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* (1971) 2 QB 163.

### **Construction**

Secondly the common-law developed rules of construction many of which were used as disguised methods of controlling unfair terms. Chief amongst them was the so-called *contra proferentem* rule according to which where a term is unclear or ambiguous it should be given the meaning least favourable to the party who drafted it <sup>(2)</sup>.

### **Other common law controls**

These rules were supplemented by other rules, some of general application, others designed to control particular types of term. So, for instance, it is established that even where a term is incorporated into a contract and its meaning is clear on its face, a party may not be able to rely on it if he has misled the other party as to its meaning or effect <sup>(3)</sup>. Most important of the rules relating to particular types of term is the rule against penalties, according to which a term in a contract fixing the amount of compensation payable in the event of a breach is enforceable if it is a 'genuine pre-estimate of loss' but not if it is intended to penalise the party in breach.

### **Nature of the common law rules**

It is clear that although nominally concerned with procedural issues the common-law rules on incorporation and construction of terms were effectively concerned with the substantive fairness of the terms in question. This is particularly apparent in cases on the requirement for special notice to be given of unusual or especially onerous terms. In recent cases concerned with commercial contracts this test has been extended to apply to terms which were not unusual in nature or even extent but which were considered by the court to be unfair <sup>(4)</sup>. The substantive element in the application of the test is confirmed by the tendency of recent cases on the subject to explain that where a term is unusual etc., failure to give special notice does not prevent the term being incorporated into the contract but simply prevents reliance on it <sup>(5)</sup>.

### **Weaknesses of the common law controls**

English judges showed great ingenuity in utilising these rules to control unfair terms. In particular the *contra proferentem* rule of construction was often deployed even where there was no real ambiguity in the clause in question <sup>(6)</sup>. However, ultimately they could all be evaded by skilled drafting. In general, if a clause was clearly worded and effectively incorporated into the contract it could be relied upon no matter how unfair or oppressive. Contract drafting thus became a contest between the drafter and the court. Moreover, according to an old established rule, terms in a signed document would be effectively incorporated and enforceable against the signatory even if he or she had never read them <sup>(7)</sup>. According to older cases this was even the case where the party relying on the terms knew that the signatory had not, or even could not, read the terms. It is not clear if this still represents the law — there are more recent cases which suggest that the signature rule is at least qualified <sup>(8)</sup> — but the principle is clear. If terms were clearly worded and presented in a document which was then signed by the party to be bound by them, they would generally be enforceable at common law.

<sup>(2)</sup> See, for example, *Andrews Bros (Bournemouth) Ltd v Singer & Co Ltd* (1934) 1 KB 17; *White v John Warwick & Co Ltd* (1953) 1 WLR 1285.

<sup>(3)</sup> See, for instance, *Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd* (1951) 1 KB 805.

<sup>(4)</sup> *AEG (UK) Ltd v Logic Resource Ltd* (1996) CCH Common-Law Cases 265.

<sup>(5)</sup> See per Bingham LJ in *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Productions Ltd* (1988) 1 All ER 348 and per Brooke LJ in *Laceys Footwear Ltd v Bowler International Freight Ltd* (1997) 2 Lloyds LR 367 at p. 384.; *contra* Dillon LJ in *Interfoto* who preferred to explain the rule on the basis that failure to give sufficient notice prevented incorporation of the unusual term.

<sup>(6)</sup> See, for example, *Hollier v Rambler Motors AMC Ltd* (1972) 2 QB 71.

<sup>(7)</sup> *L'Estrange v Graucob* (1934) 2 KB 394.

<sup>(8)</sup> See *Harvey v Ventilatorenfabrik Oelde GmbH* (1988) 8 Tr LR 138.

### ***Statutory controls over unfair terms***

There was, however, a second, statutory strand of legal control over unfair terms. The Unfair Contract Terms Act 1977 gave the courts power to declare certain types of term unreasonable and therefore ineffective. Moreover it made some types of term automatically ineffective. Section 2(1) of the act renders wholly ineffective any term by which a business purports to exclude or limit its liability for personal injury or death caused by negligence. Sections 6 and 7 similarly render ineffective any term by which a supplier of goods when dealing with a person who 'deals as a consumer' purports to exclude or limit his liability for breach of the statutory terms implied into the contract by the Sale of Goods Act 1979 which require the goods to comply with their description, be of satisfactory quality and reasonably fit for the buyer's purpose and so on<sup>(9)</sup>.

Perhaps the most important provision of the 1977 act in the present context is Section 3. It applies where a business enters into a contract either (a) on its own written standard terms of business<sup>(10)</sup> or (b) with a person who deals as a consumer, and provides that in either of those cases any term in the contract by which the business seeks to exclude liability for breach of contract, or claims to be entitled to render no performance, or a performance substantially different from that which the other contracting party reasonably expected, is subject to a test of reasonableness, allowing the court to consider whether the term was a fair and reasonable one to include in the particular contract between the parties. If Section 3 were to be given a wide interpretation, as some commentators think it should be, it would apply to many of the terms commonly found in standard-form contracts. The scope of Section 3 should particularly be noted. It applies to standard term contracts even between businesses, and in a contract between a business and a consumer, it will apply even if the contract is not on standard terms.

The 1977 act therefore seemed to provide potent controls over unfair terms. However, there were a number of weaknesses in the law. First, despite its title, the 1977 act does not apply to all 'unfair' terms but, in general, only to clauses which exclude or limit liability for breach of contract (or negligence) or which have similar effect. It is true that if Section 3 were to be given a wide interpretation it would have a much wider application. Section 3 applies to terms by which a contractor purports to be entitled to render a contractual performance substantially different from that 'reasonably expected' of him. The key question here is how the performance 'reasonably expected' is to be defined, and in the most recent case on the subject it was held that a customer's 'reasonable expectations' should first be considered without reference to the disputed clause<sup>(11)</sup>. If correct, this approach would considerably widen the scope of application of Section 3 and bring many terms commonly found in standard term contracts — for instance those allowing a supplier unilaterally to vary delivery dates, the mode of performance and so on — within its scope. There was, however, considerable dispute about the scope of Section 3, and even if the wide interpretation recently approved by the court is accepted, so that Section 3 applies to most clauses by which a supplier purports to be entitled to vary or to excuse non-performance of his own obligations, it may not apply to terms by which a supplier purports to be able to demand a varied performance from his customer, such as a price variation clause.

Second, the act applies only at the level of the individual contract. It thus protects individual consumers, but only if they are sufficiently knowledgeable, or well advised, to know the law and

<sup>(9)</sup> Contained in Sale of Goods Act 1979 ss 12–14. The terms in effect constitute a 'legal guarantee' of the goods.

<sup>(10)</sup> The equivalent provision which applies in Scotland, Section 17, is worded slightly differently. It applies to a 'standard-form contract'. There is scope for argument that on a strict interpretation of Section 3 it would not apply to a non-consumer contract where the supplier's written standard terms are incorporated by reference. The wording of the Scottish provision avoids this possibility. However, it is thought unlikely that an English court would accept this narrow interpretation of Section 3. In any case the point is irrelevant where the customer deals as a consumer as in that case Section 3 and Section 17 apply automatically.

<sup>(11)</sup> See *Zockoll Group Lt v Mercury Communications Ltd* (1998) ITCLR 104, CA.

assert their rights. There was no provision for collective or public enforcement action against unfair terms. English law is not comfortable with the concept of representative action. Thus many terms rendered ineffective by the 1977 act remained in use. Sometimes terms which were known to be ineffective were included in a contract simply in order to deter or 'scare off' potential claims. In order to outlaw this practice separate legislation made it a criminal offence to include in a contract certain types of term<sup>(12)</sup>, but that legislation only covered particular types of exclusion and many other terms made ineffective by the 1977 act remained in force. For instance, although made ineffective by the 1977 act, terms and notices which on their face purported to exclude liability for death or injury caused by negligence remained in quite widespread use.

Finally, the overall picture was complicated and confusing. The law on exclusion clauses and standard term contracts was contained in several different places and was often inaccessible, or incomprehensible, to ordinary contractors, especially consumers.

### **Implementation of the directive in the United Kingdom**

What impact has the directive had on this? The first point we must note is a negative one. The UK Government chose to implement the directive by making regulations — secondary legislation — leaving in place all of the pre-existing controls on contract terms<sup>(13)</sup>. The result is that there is now an additional strand of legal control over contract terms in English law. The law is thus even more confusing to locate and understand. To make matters worse there is significant overlap between the provisions of the 1977 act and the 1994 regulations which implement the directive. I will say more about this later. Suffice for now to say that in some cases the act gives greater protection than the regulations whilst in others the regulations give greater protection. There are, for instance, subtle but significant differences between the definitions of 'consumer' in the two pieces of legislation. Although we are here concerned primarily with the interests of consumers, we can safely say that in certain situations the overlap of the different sets of rules makes the law a nightmare for those drafting contracts. And, of course, the law is even less accessible to ordinary people than was the case before 1994. (It is to be hoped that the UK Government does not adopt the same approach when it comes to implement the new directive on guarantees of consumer goods, although the signs are not hopeful).

On a further negative note we must note that the United Kingdom failed to implement the directive by the stipulated deadline, the implementing regulations not coming into force until 1 July 1995. It must also be said that those regulations were controversial in one or two respects. On the whole the UK Government chose to implement the directive by transposing the text of the English language version almost *verbatim* into the implementing regulations. However, in a number of places the text of the regulations differs, sometimes significantly, from that of the directive. Most notably the implementation of Article 7 of the directive was widely regarded as defective and was challenged by the consumers' association. I shall say more about this presently. It may be useful here to compare the other provisions of the United Kingdom regulations with those of the directive.

#### ***Definitions and scope***

According to regulation 3 the regulations apply to 'any term in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer where the said term has not been individually negotiated'. The terms 'seller', 'supplier' and 'consumer' are defined in regulation 2. 'Seller' is defined as 'a person who sells goods and who, in making a contract to which these regulations apply, is acting for purposes relating to his business'. 'Supplier' is defined in similar terms. Since 'business' is defined elsewhere as including 'a trade or profession' this is broadly equivalent to the definition

<sup>(12)</sup> Consumer Transactions (Restriction on Statements) Order 1976 (1976 SI 1813).

<sup>(13)</sup> Unfair terms in consumer contracts regulations 1994 (1994 SI 3159).

in Article 2(c) of the directive. However, the words italicised above are taken not from the text of the directive but from the preamble to it. Some commentators have argued that as a result the UK regulations apply only to contracts for the supply of goods or services. It is understood that revised regulations will shortly be issued which will adopt a definition closer to that in the directive, removing the references to selling goods and supplying services.

Regulation 3(3) contains a definition of a non-negotiated term which is almost identical to that in Article 3.2 of the directive, save that the word ‘therefore’ which appears in the directive has been omitted. On its face this could lead to an argument that the regulations impose a dual requirement for their application — i.e. that the term is drafted in advance and that the consumer has been unable to influence it, whereas the directive assumes that there is only one requirement and that lack of influence is an automatic consequence of a term’s being pre-drafted. However, if the point were to arise it is assumed that a United Kingdom court would seek to interpret the regulations consistently with the directive. The concluding words of the first paragraph of Article 3.2 (‘particularly in the context of a pre-formulated standard contract’) have been omitted from the UK regulations.

Schedule 1 of the regulation contains a list of contracts and terms excluded from the scope of the regulations. This is taken not from the text of the directive but from paragraphs 10 and 13 of the preamble to the directive. paragraph (e) of Schedule 1 thus provides that the regulations do not apply to:

- ‘any term incorporated in order to comply with or which reflects —  
 (i) statutory or regulatory provisions of the United Kingdom’.

This provision is derived from paragraph 13 of the preamble which refers to ‘mandatory statutory or regulatory provisions’. It is possible to argue that the omission of the word ‘mandatory’ means that the exclusion in the UK regulations is, on its face, potentially wider than that sanctioned by the directive.

### **Unfairness**

Regulation 4(1) contains the test of unfairness. It is closely modelled on the wording of Article 3.1 of the directive, although with minor differences in wording. The core component (‘any term which, contrary to the requirement of good faith, causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations under the contract’) is almost identical to the wording of the directive.

Regulation 4(3) provides that in determining whether a term satisfies the requirement of good faith regard shall be had to factors listed in Schedule 2 to the regulations. Those factors are derived from paragraph 16 of the preamble to the directive and seem to have been incorporated into the regulations partly because of the unfamiliarity of English lawyers with the concept of ‘good faith’. They very closely resemble the factors considered by a court when making an assessment of reasonableness under the Unfair Contract Terms Act 1977. However, whilst the first three factors listed in Schedule 2 are derived verbatim from the text of the preamble to the directive, the fourth, requiring consideration to be given to ‘the extent to which the seller or supplier has dealt fairly and equitably with the consumer’ differs from the wording of the preamble by omitting the concluding words ‘whose legitimate interests he has to take into account’. It is not clear what significance, if any, this has. If the omitted words are read as qualifying the general words which precede them in the directive it may be argued that the test in the regulations is wider than that in the preamble. It would seem more likely, however, that this difference in wording will have little impact in practice <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Significantly the Office of Fair Trading which has the regulatory power of enforcing the regulations seems to apply the test of good faith as if the omitted words were included in the text of the regulations: see below: text at note 31.

Two significant conclusions can however be drawn from the inclusion of Schedule 2 in the UK regulations. First, it seems clear that it is assumed in the United Kingdom that 'good faith' is a separate element of fairness so that a term which creates a significant imbalance in rights and obligations will not necessarily be unfair and, second, 'good faith' is concerned with procedural factors related to the formation of the contract as well as with the substance of the terms. However, it is understood that the revised regulations which will come into force later this year will omit the list of factors contained in Schedule 2 of the 1994 regulations, throwing open to reassessment the evaluation of 'good faith' in the United Kingdom.

The second element of the test of 'unfairness' is the indicative list of potentially unfair terms contained in the annex to the directive. This was transposed *verbatim* into the United Kingdom regulations where it appears as Schedule 3.

### ***Arbitration clauses***

On the whole, the remaining substantive provisions of the regulations closely follow those of the directive. There has, however, been one significant alteration to the regulations since they were first made. Terms requiring consumer claims to be referred to arbitration are included in paragraph 1(q) — the grey list in the annex to the directive and, therefore, in the corresponding list in the UK regulations. Such terms may be used to deter consumers from pursuing valid claims by requiring the consumer to refer any complaint to binding and possibly expensive arbitration. Prior to 1996 such agreements were also controlled in the United Kingdom by the Consumer Arbitration Agreements Act 1988, which provided that any such agreement entered into by a consumer before a dispute arose would not be binding on the consumer. In effect, therefore, such clauses were wholly ineffective in law. In 1996, however, as part of the general reform of the English law of arbitration, the 1988 act was repealed. Agreements by consumers to refer prospective disputes to arbitration are now made subject to the unfair terms in consumer contracts regulations, and for the purposes of the regulations such agreements are conclusively presumed to be unfair where the amount in dispute does not exceed GBP 3 000 <sup>(15)</sup>. In other words, the regulations in effect now contain a grey list of potentially unfair terms, derived from the directive, and a list of proscribed terms, always considered unfair, containing just one term. Moreover, for this purpose the definition of 'consumer' in the regulations is widened to include limited companies <sup>(16)</sup>.

## **Comparison of the regulations and the pre-existing United Kingdom law**

### ***(a) Similarities between the regulations and the prior law***

Despite these differences in wording, the directive was, on the whole, implemented by transposing its wording more or less directly into domestic regulations. Since, as I have noted, there were already controls on exclusion clauses and similar devices in domestic law the result of this transposition was that there is a considerable degree of overlap between the regulations and the pre-existing rules of English law. The test of fairness under the regulations and directive contains both substantive and procedural strands. The substantive aspect is contained in the requirement that an unfair term be one which creates a 'significant imbalance' in the rights and obligations of the contracting parties, to the detriment of the consumer. The procedural aspect is contained in the requirement that the creation of that imbalance be 'contrary to the requirement of good faith', which is to be assessed by reference, in particular, to the matters listed in Schedule 2, which seem to be particularly concerned with the procedure by which the contract is formed and the term incorporated in it. The common-law rules as to incorporation of terms, especially those which require special notice to be given of terms which are unusual or particu-

---

<sup>(15)</sup> Arbitration Act 1996 ss. 89–91.

<sup>(16)</sup> Arbitration Act 1996 s. 90.



larly onerous, seem to be broadly similar. There are signs in recent commercial cases that that test is evolving into something not far short of a common-law test of fairness — one might even say ‘good faith’<sup>(17)</sup> — and, significantly, it is applicable to all types of term and not merely to those which exclude or limit liability<sup>(18)</sup>.

The English rules of construction can also be found reflected in the implementing regulations. In particular regulation 6, reflecting Article 5 of the directive, requires terms to be expressed in ‘plain, intelligible language’ and provides that ‘if there is doubt about the meaning of a written term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail’. This seems to be the common-law rule of *contra proferentem* construction given statutory form.

The Unfair Contract Terms Act, too, seems to be reflected in the regulations. In particular the test of fairness in the regulations, contained in regulation 4(2) referring ‘as at the time of the conclusion of the contract, to all circumstances attending the formation of the contract’ is very similar to the reasonableness test contained in the 1977 act, whilst the list of factors to be considered in making an assessment of good faith in Schedule 2 of the regulations is almost identical to the list in Schedule 2 of the 1977 act of factors to be considered in making an assessment of the reasonableness of a contract term.

### **(b) Differences between the directive and the pre-existing UK law**

In fact in several respects the 1977 act offers wider protection than do the 1994 regulations. First the act applies to exclusion and similar clauses in contracts generally and thus does not protect only consumers. Second, in so far as the act does offer enhanced protection to consumers, the definition of ‘consumer’ differs in subtle but important respects from that in the regulations, and in one important respect is considerably wider than the definition in the regulations. Under the 1977 act a ‘consumer’ is a person who is not acting ‘in the course of a business’. The definition of ‘consumer’ in the act is not limited to natural persons. It was held by the Court of Appeal in a case decided in 1988 that, for the purposes of the 1977 act, a limited liability company may not be acting ‘in the course of a business’ and may thus be ‘dealing as a consumer’ when it buys goods of a type it does not ordinarily deal in<sup>(19)</sup>, (although doubt has been cast on this decision by a 1998 decision of the Court of Appeal on similar words in a different statute suggesting that any transaction which is for the purposes of the business is ‘in the course of the business’<sup>(20)</sup>). A limited liability company could never be a consumer under the regulations. The most important difference between the act and the regulations for our present purposes, however, is the fact that although the 1977 act subjects some terms to a test of ‘reasonableness’ it wholly invalidates certain types of term, especially in consumer contracts.

It should therefore now be apparent why I said some time ago that the manner of implementation of the directive had left the law in the United Kingdom in a confused state. It may also be apparent why, when the directive was published many of us concluded that *as between an individual consumer and a supplier of goods or services* the directive would in most cases make little real difference to the consumer’s rights. When the Department of Trade and Industry consulted over its plans to implement the directive we in the Institute for Commercial Law Studies at Sheffield prepared a response and examined the indicative list of ‘potentially unfair terms’ in the annex to the directive. We concluded that every one of the categories of term there listed would (potentially) be subject to some form of control under existing rules of English law and that in some cases (eg: paragraphs 1(a) and 1(e)) would be wholly ineffective. It was antic-

<sup>(17)</sup> *AEG (UK) Ltd v Logic Resource Ltd* (1996) CCH Common-law Cases 265. See also the comments of Brooke LJ in *Laceys Footwear Ltd v Bowler International Freight Ltd* (1997) 2 Lloyds LR 367 at p 385. In a recent county court case the judge expressly referred to the ‘special notice’ requirement as a ‘principle of good faith’: see *Broadwater Manor School v Davis*, January 8 1999, Worthing County Court, noted at (1999) Current Law, May, 208.

<sup>(18)</sup> See, for example, *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Productions Ltd* (1988) 1 All ER 348.

<sup>(19)</sup> *R&B Customs Brokers Ltd v UDT Finance Ltd* (1988) 1 WLR 321.

<sup>(20)</sup> *Stevenson v Rogers* (1999) 1 All ER 613.

ipated, however, that three aspects of the regulations would have a significant impact in the United Kingdom: the requirement of 'good faith'; the requirement that terms be expressed in clear and intelligible language; and the provision for regulatory action against unfair terms.

### **Good faith**

Much excitement was generated by the reference in the directive and regulations to 'good faith'. English law, in contrast to many civil law systems, does not recognise a general test of 'good faith' as between contractors. In fact put bluntly in this way this may overstate the position. There are a number of rules and doctrines of English law which do, in effect, require contractors to act in good faith during the negotiation and performance of the contract. The rules on incorporation of unusual or particularly onerous terms may, for instance, be regarded as involving a duty of good faith dealing. The point is that English law, which is generally suspicious of broad, general doctrines, does not recognise a general duty of good faith outside those particular doctrines and rules <sup>(21)</sup>.

The broader reference to 'good faith' in the directive and implementing regulations therefore stirred interest for two reasons. First it was argued by some that the regulations thus imported a general duty of good faith into English law for the first time and might thus provide a seed from which the common-law could develop a more general test. In fact the Commercial Agents (Council directive) regulations of 1993, themselves implementing a directive (86/635/EC) had already imposed a general duty of mutual good faith as between principal and agent <sup>(22)</sup>. However, the unfair terms regulations apply more widely and are likely to be familiar to a larger number of individuals, businesses and lawyers and there are indeed signs that they are beginning to exert an influence outside their immediate sphere of application.

Secondly, the reference to 'good faith' created interest because English lawyers were, quite simply, unfamiliar with what it might require. As already noted, it was partly for this reason that the UK Government included the list of factors in Schedule 2 of the regulations to guide the assessment of 'good faith'. As also noted above, those factors are broadly similar to the factors listed in Schedule 2 to the Unfair Contract Terms Act which the court is required to consider when making the assessment of reasonableness under the act. The two lists do differ in some respects however. The list in UCTA contains two factors not mentioned in the regulations:

- (a) whether the customer knew, or ought to have known, of the term in question and its extent at the time of entering into the contract; and
- (b) where the term excludes or limits liability unless some condition is complied with (for instance, where a term requires the customer to notify defects in goods within a stipulated period after delivery), whether it was reasonable at the time the contract was made to expect that compliance with the condition would be practicable.

Conversely, the list in the regulations contains an additional factor, not mentioned in UCTA, requiring consideration to be given to 'the extent to which the seller or supplier has dealt fairly and equitably with the consumer'.

Notwithstanding these differences it would seem that in many cases application of the two tests will lead to similar results. So, for instance, in a case where a term is incorporated in a contract by its inclusion in a standard-form document presented to the consumer for signature, the fact that the consumer is given inadequate opportunity to fully read and/or understand the standard terms would be considered under UCTA by considering whether the consumer knew, or ought

---

<sup>(21)</sup> See the comments of Bingham L J, as he then was, in *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Productions Ltd* (1988) 1 All ER 348. There are signs that English lawyers are becoming more receptive to the idea of a general concept of good faith. See particularly the comments of Lord Steyn in (1997) 113 LQR 433. Note that Lord Steyn equates a requirement for a contracting party to act in good faith with a requirement to respect the 'legitimate expectations' of the other party.

<sup>(22)</sup> Regulations 3 and 4.

to have known, of the term in question and its extent at the time of entering into the contract, but would be considered as an aspect of 'fair and equitable dealing' under the regulations. It is less clear whether other factors which would be relevant to reasonableness under the 1977 act could be taken into account under the regulations. For instance, under the act a court making an assessment of a term by which a supplier restricts or limits liability to a sum of money is specifically required to take into account:

- (a) the resources available to the supplier to meet or satisfy that liability; and
- (b) the availability to him of insurance.

There is no specific mention of these factors in the regulations or the directive, but it would seem to be open to a court to consider them in light of the direction in regulation 4(2) (equivalent to Article 4.1) that an assessment of fairness is to be made 'referring, as at the time of the conclusion of the contract, to all circumstances attending the conclusion of the contract'.

### ***Plain intelligible language***

The second aspect of the regulations which was expected to have a real practical impact was the requirement that terms be expressed in 'plain intelligible language'. This too was an alien concept to many English lawyers, trained for decades in the tradition of Victorian conveyancers to couch even the simplest agreements in complex 'legalese'. In fact this too should have been nothing new. For several years before the regulations came into force I had lectured to practitioners, and myself and others had encouraged the use of plain language in both consumer and business contracts. A contract, after all, is a tool. It ought to be designed to be comprehensible to its intended users. In fact there was a sound legal basis for this advice. In *The Zinnia* <sup>(23)</sup>, a case on the Unfair Terms Act in 1984, the judge had observed that he was tempted to hold an exclusion clause in a commercial contract 'unreasonable' because it was so complicated and prolix that one almost needed a law degree to understand it. Now, however, there was an express statutory requirement that contracts be expressed in plain and intelligible language. Lawyers would be required to abandon their 'hereinbefore referred to as' and 'without prejudice to the generality of the foregoing' and even oblique statements such as 'your statutory rights are not affected'. Some commentators went so far as to suggest that this would lead to the end of the use of standard terms, arguing that once terms were expressed in plain language which consumers could understand, they would be quite unacceptable.

### ***Regulatory action***

However, it seemed likely that the most important aspect of the regulations would be the provision for action to be taken against unfair terms by the Director-General of Fair Trading (DGFT). As I have observed, under the pre-existing legal regime many unfair terms remained in circulation because the law depended on individuals taking action to challenge unfair terms. Even where an individual did challenge a term as unreasonable a business might settle the claim in order to avoid a decision adverse to its interests, and be able to rely on the term in question in future disputes with other consumers. Even if a case were to go to trial, a decision that a term was unfair in a particular case would not necessarily mean that it would be unfair in all other cases. By giving power to the DGFT to challenge unfair terms and, if necessary, to seek injunctions against their continued use, the 1994 regulations offered the prospect that action against unfair terms would no longer depend on individual consumer initiatives. This aspect of the regulations has, indeed, proved to be the most significant. It has also, curiously, been the most controversial.

The power for the DGFT to take action to prevent the continued use of unfair terms is contained in Regulation 8 of the UK regulations which is intended to implement Article 7 of the directive. Article 7 requires Member States to ensure that 'adequate and effective means exist to prevent the

---

<sup>(23)</sup> (1984) 2 Lloyd's Rep 211.

continued use of unfair terms' and according to Article 7.2 those means should include 'provisions whereby persons or organisations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers...' may take action according to national law to challenge unfair terms. The UK Government took the view that this requirement was satisfied by giving power to the DGFT to challenge unfair terms. It resisted suggestions that the directive required similar powers to be given to other organisations representative of consumer interests, such as the consumers' association, on the grounds that United Kingdom law contains no provision for representative action. This view was challenged by the Consumers' Association, amongst others, and by a number of independent commentators. Ultimately the Consumers' Association commenced legal proceedings against the UK Government for judicial review of its decision, arguing that by restricting the power to take action against unfair terms to the DGFT the government had failed properly to implement the directive. The association argued that Article 7 required the government to establish objective criteria by which to identify under national law those organisations having a legitimate interest in protecting consumers, pointing out the difference between the wording of 7 and the wording of the misleading advertising directive which offered Member States a discretion to decide what enforcement mechanisms should be available. Those arguments succeeded before the High Court where Hidden J decided to refer the matter for determination to the European Court of Justice. However, in May 1996 the new Labour government came to power and immediately adopted a different approach from that adopted by its predecessor. It sought a rapprochement with the Consumers' Association and agreed to extend the right to bring proceedings to organisations such as the Consumers' Association representing consumer interests. Last year, a consultation document was issued outlining criteria which might be used to identify those organisations with a legitimate interest in protecting consumers — criteria which the Consumers' Association would satisfy — and the Consumers' Association withdrew its reference to the ECJ. It is understood that it is now only a matter of waiting a very short time — weeks, or months at most — before the government publishes amended regulations which will extend the right to take action to bodies such as the Consumers' Association.

## Experience of the regulations

### *Academic comment*

The directive and its implementation generated a considerable academic literature. On the whole this concentrated on two main questions: the requirement of good faith and the likely implications of its introduction, and the scope of the directive. On this point there was considerable debate about whether the directive applied to contracts relating to land. Such contracts are expressly excluded from the application of the Unfair Contract Terms Act and it was argued that they were also excluded from the regulations and directive. The reason for this argument appears to be the definitions of 'seller' and 'supplier' in the UK regulations and the English text of the directive, which seem to limit their scope to contracts involving the sale or supply of goods or services. Since in English law 'land' is neither goods nor services, it is argued by some commentators that the directive and regulations have no application to contracts relating to land. Others, however, take a more restricted view and argue that provided that there is a contract between a seller of goods or supplier of services, the regulations apply even if the particular contract relates to land <sup>(24)</sup>.

The same definition has given rise to other difficulties. There is some doubt, for instance, about the application of the regulations to computer software. The legal status of computer software is still not definitively settled in English law and it is by no means clear that it should be regarded as 'goods'. If, therefore, the directive is limited to contracts for the supply of goods or services, it would not apply to contracts for computer software.

---

<sup>(24)</sup> See Bright and Bright (1995) 111 LQR 655.

Some commentators have gone even further and read the English text of the directive as requiring that there be a contract for the sale or supply of goods or services *by* the seller/supplier *to* the consumer. On this reading neither the directive nor the regulations would apply to cases where the supply is by the consumer to a business, as where a consumer sells his car to a dealer, or where a private individual gives a guarantee to a bank on the bank's standard terms. It is submitted that this reading of the regulations and directive is mistaken. The definition of the scope of the directive is expressed differently in the French and German texts, in which it is clear that the directive is not limited to contracts where the supply is to the consumer. Even if the English text is considered in isolation there is nothing in it expressly to restrict its scope to cases where there is a supply to the consumer (or even where one party is a seller of goods or supplier of services). However, it must be conceded that there are frequent references to 'goods or services' supplied, and at the least the point is open to argument. There is, therefore, scope for a business to argue that neither the directive nor the regulations apply to cases of reverse supply, *by* the consumer *to* the business.

### ***Court application of the regulations***

A researcher studying the law reports might well conclude that the regulations have had minimal impact in the United Kingdom. There are no reported cases in the higher courts in England and Wales decided on the basis of the regulations. Of course, this absence of reported cases does not mean that the regulations are not being relied upon by individual consumers. They may indeed be used on a regular basis to resist claims in cases which are never brought to court, which are settled before trial or which, being decided in the county courts, are simply never reported. Consumer cases rarely reach the higher courts where decisions are reported and in the 22 years since the 1977 act was passed there is only a handful of reported decisions involving consumer, as opposed to commercial, contracts <sup>(25)</sup>.

There are now three cases decided in the county court in England, the lowest tier of the English Civil Court system, and only briefly reported, in which the regulations were relied upon. Two of them concerned a claim for fees by a private school, relying on its standard contract terms, against parents who had accepted an offer of a place at the school for their child. It is somewhat worrying that in neither case was the parents' claim successful and the brief reports suggest that the regulations may not have been properly applied.

In the first case <sup>(26)</sup> the parents were required when accepting the school's offer of a place to sign a form according to which they undertook to pay one term's school fees if the child failed to take up the place. When the child did in fact fail to take up the place, the school sought to enforce the undertaking and the parents challenged on the grounds both that it was unfair in the terms of the regulations and that it was unenforceable as a penalty. The county court judge rejected both arguments. In relation to the regulations he concluded that the term was 'a long way from being unfair'. He reasoned that there was no inequality of bargaining power between school and parents and, curiously, that the 'fierce competition for pupils in the area' meant that if anything the balance of bargaining power favoured parents. This could only be true if there were more private school places than pupils to fill them, which seems unlikely but may, indeed, have been the case. Other reported observations are equally surprising. The judge is reported, for instance, as having observed that the clause in question contained no attempt by the school to limit its liability for breach of contract, but it is difficult to see why this should be considered relevant. The regulations, unlike the 1977 act, are not applicable only to clauses which exclude

---

<sup>(25)</sup> The leading case is undoubtedly *Smith v Bush* (1990) 1 AC 831 in which the House of Lords held disclaimers printed on mortgage valuation surveys conducted by valuers to be ineffective. The case led to changes in practice by valuers and building societies.

<sup>(26)</sup> *Gosling v Burrard-Lucas* 4 November 1998, Tunbridge Wells County Court; noted at (1999) Current Law, January, 197.

or limit liability. Nevertheless, the judge did also note that the school had dealt fairly and equitably with the parents and had urged them not to sign until certain of their commitment.

In the second case<sup>(27)</sup>, the parents accepted a place for their daughter in December 1996 by signing a standard 'acceptance form'. The form referred to the school's standard terms which were not enclosed with the form, although a copy had been sent to the parents on an earlier occasion. Those terms provided that if the child failed to take up her place, the parents should give one term's notice, and that if they failed to do so they would be liable to pay one term's fees. The school's standard terms defined 'term' to mean one of the three terms of the academic year. On 5 June 1998 the parents gave notice that their daughter would not be taking up her place in the following September. Since the summer term commenced on 21 April 1998 the school argued that this was insufficient notice to comply with the contract and therefore demanded payment of a term's fees. The parents resisted on several grounds, arguing that the school could not rely on the term in question at common-law because it was 'unusual' or 'particularly onerous' and had not been sufficiently brought to their attention. Alternatively they argued that the term was unfair under the regulations, and/or that it was ambiguous. Again the judge found in favour of the school, and again the reasoning is not clear from the short note of the case. However, the report does give cause for concern about the judge's approach. He accepted that 'the language and style' of the disputed term 'offended the spirit and purpose of the directive' in that 'term's notice' was not adequately defined and the requirements for giving notice and the consequences of failing to do so were not adequately explained, but concluded that those factors were outweighed by the need for the school to protect its 'legitimate' economic interests, and were not sufficient to amount to a failure to act in good faith.

These two cases are only briefly reported in short notes and it is therefore difficult to draw conclusions from them. The reports may be inaccurate. It may be that on the facts of the cases the results are correct. In any case, decisions of county courts carry no precedent value in English law. Nevertheless, since most consumer disputes will be heard at the level of the county court, the cases may be illustrative of the approach being adopted. The short notes of these decisions do give cause for concern that at that level the courts may not fully appreciate the purpose of the regulations, and may be placing too great an emphasis on the interests of suppliers rather than of consumers.

The third English case, *Falco Finance Ltd v Gough*<sup>(28)</sup> is more encouraging. It concerned certain default provisions in a mortgage contract. The contract provided for the consumer to pay a discounted rate of interest but for that rate to be increased to the nominal full contractual rate in the event of any default in payment. In that case the monthly payments would increase from GBP 324.75 to GBP 449.75 and all future payments would then be at the non-discounted rate. Moreover, the contract provided for interest to be calculated at the commencement of the agreement on a flat rate basis, and that in the event of early settlement the settlement date would be deferred by six months and the settlement figure would be calculated by applying the so-called 'rule of 78'. In this case the judge held that all of these provisions contravened the regulations and were unfair terms. He emphasised the crucial role of the discounted interest rate in inducing the consumer to enter into the contract. Here we may see a graphic illustration of the concept of good faith: the consumer is induced to enter into the contract by an offer of apparently attractive terms — in this case relating to the reduced interest rate — the benefit of which is then substantially taken away by terms hidden in obscure small print. A similar approach was taken in a Northern Ireland case<sup>(29)</sup> in which similar provisions in a mortgage agreement were also held unfair. The case is significant because it was argued that the regulations do not apply to contracts relating to land and the judge expressly rejected that argument.

---

<sup>(27)</sup> *Broadwater Manor School v Davis*, January 8 1999, Worthing County Court, noted at (1999) Current Law, May, 208.

<sup>(28)</sup> (1999) CCLR 16.

<sup>(29)</sup> *Kindlance Ltd v Murphy* (1997), unreported.

These cases are significant and provide greater cause for optimism than the school fees cases. However, it must be noted that the regulations provided only one ground for the decision in both cases. In particular, some of the terms in *Falco* could have been invalidated either as extortionate credit bargains, contrary to the Consumer Credit Act 1974 <sup>(30)</sup> or on the grounds of misrepresentation. In the context of consumer credit agreements the courts have long had powers to hold terms unfair under this legislation and it may be that as a result they were more comfortable taking an interventionist approach in this context.

### ***Action by the Office of Fair Trading***

Despite this dearth of reported court decisions there is no doubt, however, that the regulations have been having a very real and important impact, and it is here that we must return to the role of the DGFT in enforcing the regulations. The objective of the directive is to ensure not only that unfair terms are not enforceable against individual consumers, but that steps are taken to stamp out the continued use of unfair terms. Thus, Article 7 requires Member States to ensure that there are 'adequate and effective' means to prevent the continued use of unfair terms. As already noted at present the UK regulations seek to implement this requirement by giving enforcement powers to the DGFT. The regulations impose on the DGFT a duty to consider any complaint that a term drawn up for general use is unfair, unless the complaint appears to him to be frivolous or vexatious. The regulations then empower the DGFT, if he considers it appropriate, to bring proceedings for an injunction to prevent the continued use of the term, and he may seek an injunction not only against the party using the term but also against any person (such as a trade association or even a solicitor) recommending the use of the term. As an alternative to seeking an injunction the DGFT may accept an undertaking not to use or continue to use a particular term.

Even the sternest critic of the Office of Fair Trading would concede that it has done sterling work. A special unfair terms unit has been established within the OFT to receive complaints, consider and where appropriate take action on them, and disseminate information about the regulations and their enforcement. According to the OFT's own statistics in the first nine months after the regulations came into force the DGFT had received 550 complaints. After 12 months this had risen to 817; after 17 months to 1197; after 23 months to 1660; and after 30 months 2263. By the end of 1998 3431 complaints had been received — an average of over 80 complaints per month. Some form of action was taken in approximately one third of those cases. In none of them was the complaint regarded as 'frivolous or vexatious'. So far the OFT has not had to resort to litigation. It seeks, instead, to proceed by negotiation, persuasion and consensus, first issuing warnings and advice and seeking informal undertakings, using the threat of litigation as a last resort to obtain from businesses undertakings to alter terms and cease the use of those considered unfair. Indeed, by the end of 1998 it had been found necessary to demand 'formal' undertakings in only eight cases.

Nor is this the limit of the OFT's activity. One of its most important functions is the dissemination of information and advice to the public and all persons likely to be affected by the regulations, including decisions on the interpretation of the regulations and orders made under them. To this end it has hosted conferences and published bulletins detailing its approach to the regulations, giving examples of the types of terms it considers to be unfair and 'before and after' illustrations of terms altered following its intervention.

The OFT has taken a strong line on many issues. Its approach to 'fairness' and 'good faith' is instructive. The task is not an easy one. It seems that, on an application by the DGFT, a court would be required to apply the same test of fairness as in a claim by an individual consumer, but that test, focusing as it does on 'the circumstances attending the formation of the contract', the circumstances of the particular case and the dealings between the parties, does not lend itself

---

<sup>(30)</sup> Section 138 of the Consumer Credit Act 1974.

easily to application to a hypothetical case in the abstract where no contract has in fact been formed, as opposed to a 'real' dispute between a business and individual consumer. Nor can the factors in Schedule 2 of the regulations be applied since they are specific examples of factors attending the formation of a particular contract. The OFT has not allowed this to prevent it making an effective challenge to terms. Nor has it been deflected by the various subtle arguments put forward by businesses and their advisers arguing for a narrow interpretation of the regulations. It makes its evaluation of fairness in three stages, asking:

- Does the term create a significant imbalance in contractual rights and obligations?
- Is that imbalance likely to be to the detriment of the consumer?
- Is its use likely to be contrary to the requirement of good faith?

The approach to good faith is particularly interesting. First the OFT has indicated — correctly — that 'good faith' does not equate to an absence of subjective 'bad faith' in the sense of dishonesty. The test is an objective one, requiring the supplier to behave fairly and equitably. Second, in making the assessment in the abstract the OFT lays particular emphasis on two of the four factors listed in Schedule 2: the extent of any inequality of bargaining power between the supplier and consumers; and, whether in all the circumstances there is reason to believe that the supplier will, if he continues to use the term, be dealing fairly and equitably with consumers and taking into account their legitimate interests. It is interesting to note that the OFT has thus, in effect, reinserted into Schedule 2 the words from the preamble to the directive omitted from the implementing regulations.

In making its assessment of good faith the OFT regards procedural elements of transparency and fair dealing as important, but not decisive. It takes account of whether the supplier's marketing practices enable consumers to 'know what they are doing and pull back from any commitment at any point until the whole picture is clear to them' <sup>(31)</sup> but always bearing in mind the emphasis of the directive on potential abuse of economic power.

The OFT's approach to the 'indicative list' of potentially unfair terms contained in the annex to the directive is also significant. Although as a matter of law the list is just that — an indicative list of terms which may be considered unfair, the OFT has emphasised in its bulletins that a term of a type which appears in the list 'is under substantial suspicion' <sup>(32)</sup>. It seems that it regards certain types of term, including most of those included in the indicative list, as *prima facie* unfair, with the result that the burden is then on the supplier using the term to justify its use. This accords with common sense and practicality and it is clear that a business relying on a term of a type included in the indicative list will have difficulty justifying its use. Terms particularly singled out for attention by the OFT include:

- (a) 'entire agreement' clauses/clauses restricting the contractor's obligation to respect/perform/be bound by statements/undertakings made by his agents and employees <sup>(33)</sup>;
- (b) 'hidden clauses', i.e. clauses incorporated in circumstances which make it impossible or difficult for the consumer to become acquainted with the content and meaning of the contract terms before the contract is made;
- (c) penalties, e.g. clauses allowing the supplier to retain deposits paid by the consumer in the event of non-performance or cancellation of the contract;
- (d) 'no set-off' clauses, requiring the consumer to pay in full for goods or services even where the consumer has a claim against the supplier; such clauses are commercially significant because by requiring the consumer to make payment in full without deduction where he has

<sup>(31)</sup> Pat Edwards, Legal Director of the OFT, speaking at a conference on unfair terms at the Law Society, March 1997. See Bulletin 4, December 1997, p. 23.

<sup>(32)</sup> *Ibid*, p.22.

<sup>(33)</sup> See Unfair Terms Bulletin No 1.



a claim against the supplier they deprive him of the valuable and effective self-help remedy of simply withholding part of the price;

- (e) clauses, especially in contracts for home improvement and similar works, requiring full payment in advance, which have the same effect as no set-off clauses and leave the consumer without an effective bargaining lever if the supplier simply fails to perform the contract;
- (f) clauses giving the supplier a unilateral right to vary the terms of the contract or conditions of performance;
- (g) clauses giving the supplier a unilateral right to terminate the contract;
- (h) 'inappropriate' exclusion clauses, e.g.:
  - clauses which effectively remove any obligation on the part of the supplier to perform the contract;
  - clauses stating that delivery/performance dates are not contractual obligations.

Clauses prohibited or made ineffective under the Unfair Contract Terms Act 1977 or other legislation such as:

- clauses excluding liability for death, injury or loss caused by negligence;
- clauses excluding liability for the quality of goods supplied are regarded as *prima facie* unfair.

In addition, the OFT takes a very strong line on clarity. Its policy is to challenge any term which is not expressed in clear and comprehensible language<sup>(34)</sup>. It takes the view that the requirement of good faith in the regulations requires suppliers to express contracts clearly and to allow consumers time to read and understand the contract. Legal jargon and expressions such as 'your statutory rights are unaffected' are frowned upon. Where a business deals with both consumers and businesses it has become common for it to use one set of standard terms incorporating exclusions which may be ineffective and even illegal in a contract with a consumer, but to preface such clauses with some wording indicating that the term is not to be included in the contract where the customer is a consumer. Such clauses are, of course, useful for the business supplier, allowing it to use a single set of standard terms without distinguishing between consumer and non-consumer customers. They have, in effect, received the tacit approval of the courts on at least one occasion prior to 1994<sup>(35)</sup>. However, there is no doubt that they offend against the spirit of both the Unfair Contract Terms Act and the regulations in so far as they make it difficult for the consumer to be certain of the terms which will apply to his contract. The OFT has therefore disapproved the use of such terms.

### ***Limitations of the present regime***

Much progress has therefore been made. Many businesses have had their standard terms redrafted. Some have done so directly or indirectly as a result of OFT action. Others, especially the larger and more reputable businesses, may have taken action on their own initiative. Many have adopted clearer wording. The more objectionable contract terms have often been abandoned, either because they would fail the test of fairness, or because the transparency resulting from expressing them in clear language would make them wholly unacceptable to consumers.

However, there is much still to do. Unfair terms are still in use. The OFT can take no action until it receives a complaint. Within the last month it has initiated action against the International Air Transport Association in respect of its recently revised model Conditions of Carriage, identifying no less than 43 terms which may be considered unfair and/or unclear. Moreover, the

<sup>(34)</sup> See Bulletins 2 and 4.

<sup>(35)</sup> *R&B Customs Brokers Ltd v UDT Finance Ltd* (1988) 1 WLR 321.

processs of negotiation of revised terms has proved to be slow and painstaking. Of the 3 341 cases referred to the OFT by December 1998 changes had been made to a total of 862 sets of terms (including 513 cases where changes were the result of 'informal' action), whilst 708 remained 'under discussion' <sup>(36)</sup>. This is hardly surprising. The OFT has admitted that it was initially surprised by the scale of its task. In the second of its bulletins, published in September 1996, it commented that 'Our experience in these first months leads us to believe that the use of unfair terms is widespread and amounts to a serious problem in the United Kingdom. This was contrary to our expectations.' <sup>(37)</sup> The OFT was particularly 'disturbed' to find that many of the unfair terms in use when the regulations came into force not only contravened the regulations but would have been ineffective under other legal rules, including clauses rendered wholly ineffective under the Unfair Contract Terms Act. Moreover, as the OFT also noted, no business sector was immune from the problem of unfair terms <sup>(38)</sup>.

Notwithstanding the comments above, the introduction of the regulations has had less impact than some commentators had predicted. It was always unlikely that all businesses would voluntarily revise their terms. The more reputable businesses did take unprompted action, it is true, but many did not do so. Whether this was due to ignorance, bad advice, dilatoriness or some more dubious motive is unknown. The OFT gave business the benefit of the doubt, concluding that 'It now appears that awareness of the regulations, and the implication they have for the way that consumer contracts are drawn up, has spread much more slowly than we had anticipated — particularly among small traders and their legal advisers <sup>(39)</sup>.

## Conclusion

The unfair terms directive and the regulations which implement it in the United Kingdom have therefore already had a significant impact. The substantive test of fairness may add little to the rules which already existed in the United Kingdom, but by allowing, for the first time, regulatory action to be taken to stamp out the use of unfair terms they have already exerted a far greater impact on many everyday consumer contracts than did those earlier rules. Nor should the significance of publicity and information be underestimated.

It is clear, then, that regulatory representative action is the key to the success of the regulations. It is clear too, however, that much remains to be done in this regard, and not even the most enthusiastic supporter of the OFT could deny that. The statistics published by the OFT itself prove that the job of curbing the use of unfair terms is too big for the OFT alone. There is, then, a role for the Consumers' Association and other similar bodies to play (as the OFT has recognised), and the UK Government was right to alter its original stance by agreeing to grant such bodies the right to bring representative action. Whether they will be quite so willing to seek negotiated settlements rather than enlisting the assistance of the courts remains to be seen.

The picture is not entirely rosy. There are worrying signs that, at the county court level, the regulations may not be properly applied. It may be that the emphasis on 'good faith' in the UK regulations has subtly changed their focus, reducing the emphasis on fairness to the consumer and permitting greater emphasis to be given to the interests of the supplier. Some important points, especially concerned with the scope of the regulations and directive and the role of 'good faith', remain unclear.

Notwithstanding these problems, however, we may conclude that five years on the unfair terms directive is having an effect in the United Kingdom and that on balance its impact is positive. It is probably a mistake to concentrate on the number of cases in which terms have or have not

---

<sup>(36)</sup> See Bulletin 6.

<sup>(37)</sup> Bulletin 2 p 5.

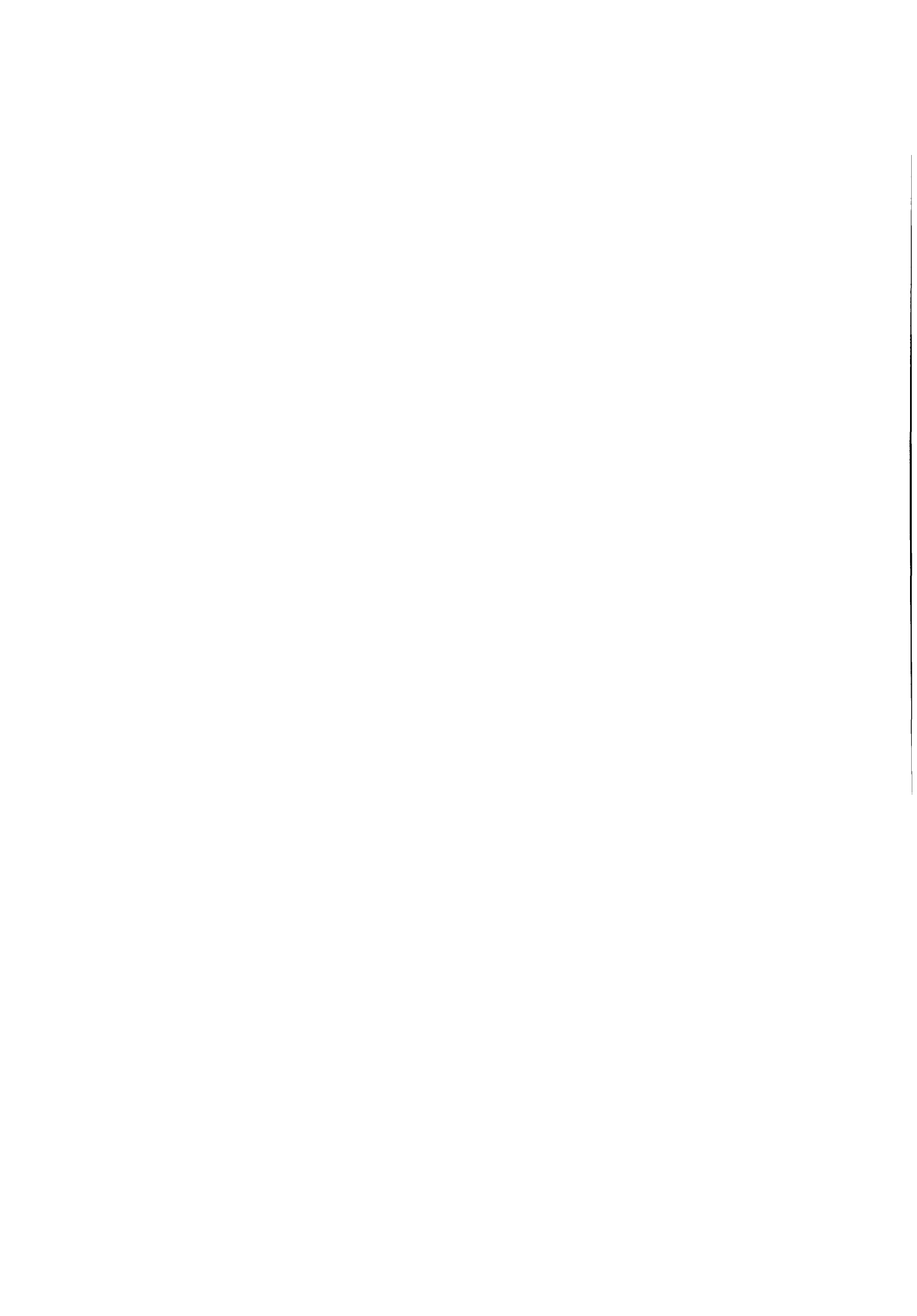
<sup>(38)</sup> *Ibid.*

<sup>(39)</sup> Bulletin 2, September 1996, p 5.

been altered. It would be naive to think that law can ever stamp out the problem of unfair terms entirely. There will always be a need for diligence. More significant than the bare statistics, however, is the evidence that the regulations and action taken under them are beginning to change the business culture. The problem of unfair terms is more widely recognised than in the past. Businesses are more aware of the problem and some are beginning to recognise the benefits — which were always there — of balanced contracts expressed in plain, comprehensible language. Consumers are coming to expect contracts to be intelligible. Nor is that all. Near the beginning of my paper I mentioned the suggestion made by some United Kingdom commentators at the time the directive was finalised that it would provide a vehicle by which a general concept of good faith might be introduced into English contract law. I have to report that there are faint, early signs that those expectations might just prove to be justified. In a 1997 commercial case *Brooke, L. J.* expressly referred to the directive as having imported the concept of good faith into English contract law and drew a parallel with the ‘comparable concept’ developed in ‘a similar context’ by the English common-law to deal with unusual or especially onerous contract terms ‘where it would be an affront to good faith to allow a party to rely on a ‘small print’ term of a contract which expressly removed the whole of the benefit of the contract from the other party’<sup>(40)</sup>. It may be a side-effect of the directive, and not our central concern today, but one of its effects is undoubtedly the bringing closer together of English and Continental contract law.

---

<sup>(40)</sup> *Laceys Footwear Ltd v Bowler International Freight Ltd* (1997) 2 Lloyds LR 367 at p 385.



### 3. L'expérience en Italie

*Guido Alpa, professeur à l'institut de droit privé, faculté de droit de Rome*

#### 1. Le processus de rédaction du texte de transposition de la directive

**1.1.** En Italie, la transposition de la directive sur les clauses abusives s'est faite sur la base de l'article 25 de la loi n° 52 du 6 février 1996. Cet article contient toutes les dispositions qui ont permis de modifier le code civil. Il s'agit d'un ensemble de dispositions incluses dans la loi communautaire de 1994, puis introduites dans le code <sup>(1)</sup>.

En ce qui concerne les techniques de transposition appliquées à ce jour pour les directives qui intéressent les consommateurs, la transposition de la directive 93/13/CEE a suivi le même processus que les directives sur le crédit à la consommation, transposées par l'intermédiaire de la loi communautaire de 1991, dont les dispositions de transposition ont été introduites dans le texte unique bancaire (décret législatif n° 385 du 1<sup>er</sup> septembre 1993, articles 121 et suivants). Pour les autres directives, en revanche, on a eu recours à des décrets législatifs (en matière de publicité trompeuse, par exemple, on a adopté le décret législatif n° 74 du 25 janvier 1992; en matière de ventes en dehors des locaux commerciaux, le décret législatif n° 50 du 15 janvier 1992; en matière de voyages à forfait, le décret législatif n° 111 du 17 mars 1995; en matière de multipropriété, le décret législatif n° 427 du 9 novembre 1998). Ces textes ont été élaborés sur la base de projets préparés par des commissions d'experts. Aucune directive, à l'exception de celle sur les clauses abusives, n'a entraîné de modification du code civil <sup>(2)</sup>.

---

(1) En Italie, les directives communautaires sont normalement transposées par des lois spéciales, d'initiative parlementaire, ou des décrets-lois préparés par le gouvernement, ou des lois habilitant le gouvernement à rédiger des lois par délégation (c'est-à-dire des décrets législatifs), ou par des dispositions contenues dans ce qu'on appelle les lois communautaires, approuvées par le Parlement selon une technique qui vise à accélérer et à simplifier l'adaptation du droit interne au droit communautaire. Le choix entre les différentes techniques est du ressort du gouvernement ou du Parlement et n'obéit à aucun critère particulier; il est influencé par des contraintes de temps, des exigences de nature politique ou encore des contraintes de rédaction précise et complexe. À leur tour, les lois communautaires peuvent exprimer différentes options: introduire tout simplement des dispositions dans l'ordre juridique interne, ou indiquer les principes auxquels doit se conformer le gouvernement pour élaborer une loi (prise par délégation). Les lois communautaires étant de vastes «conteneurs» articulés, chaque ministère fait parvenir au ministère des politiques communautaires la proposition de réglementation des matières qu'il veut réglementer en ce qui concerne les directives qu'on choisit chaque année de transposer. À son tour, pour rédiger les propositions, chaque ministère fait appel à ses fonctionnaires et, pour les matières plus complexes, à des experts tels que des enseignants universitaires, des magistrats, des avocats, etc. Dans tous les cas, le ministère de la justice, qui révise, modifie et intègre les projets des autres ministères concernant les rapports civils, joue un rôle important par l'intermédiaire de son bureau législatif spécial.

(2) Les mesures les plus importantes de l'Union européenne et de droit interne concernant les intérêts des consommateurs sont réunies dans le *Codice del consumo e del risparmio* (code de la consommation et de l'épargne), (Alpa, Milan, 1999).

**1.2.** Lorsqu'elle a été adoptée, la directive 93/13/CEE a renouvelé l'intérêt considérable que la doctrine avait manifesté pour les thèmes liés, tels que la réglementation des contrats d'adhésion, la réglementation des clauses de non-responsabilité ou de limitation de la responsabilité et la protection du consommateur. La phase tourmentée de gestation de la directive avait été suivie pas à pas <sup>(3)</sup>, mais, bien avant l'élaboration du texte communautaire, des discussions avaient eu lieu en Italie sur la nécessité de modifier le texte du code civil ou d'étendre l'interprétation des dispositions qu'il contient (articles 1229, 1341, 1342, 1370, etc.) afin de protéger la «partie faible» du contrat d'adhésion, en utilisant les clauses générales de bonne foi, d'ordre public, ou le motif même du contrat <sup>(4)</sup>. Cependant, la réaction des juges à ces ouvertures n'a été ni immédiate, ni unanime. D'autres propositions visaient à considérer le texte du code civil comme (dirait Umberto Ecco) une «œuvre ouverte», qui permettait une «utilisation alternative du droit», mais elles ont rapidement été abandonnées.

C'est pourquoi — notamment pour suivre et, dans un certain sens, anticiper l'intervention de la Communauté — on a eu l'idée de procéder à une réforme plus efficace, qui ne se limiterait pas à proposer des modèles d'exégèse plus avancés, mais qui influencerait directement sur le tissu des dispositions, en renforçant les articles 1341 et 1342 par d'autres dispositions consacrées expressément à la protection du consommateur contractant. D'où la rédaction de projets de loi par des spécialistes de la matière, dont le sort ne fut toutefois pas meilleur <sup>(5)</sup>.

La première initiative publique concernant l'élaboration d'un projet de texte de transposition a été prise quelques mois seulement après l'adoption de la directive <sup>(6)</sup>. Pour des exigences de délai, un nouveau texte fut présenté au Parlement dans le cadre de la discussion de la loi communautaire de 1994, texte qui a subi de nombreuses modifications lors de la procédure d'approbation par les deux branches du Parlement, avec les autres dispositions concernant un grand nombre d'autres sujets <sup>(7)</sup>.

**1.3.** Les choix du Parlement ont été multiples.

Voyons tout d'abord la position de la législation.

À la différence de ce qui s'est passé pour les choix effectués dans les autres pays de l'Union, où l'on a eu recours à des lois spéciales ou à des sources de rang inférieur comme les «*regulations*», en Italie on a choisi la source la plus prestigieuse (après la Constitution), à savoir le code civil, avec un chapitre spécial (XIV *bis*) intitulé «*Dei contratti del consumatore*» (des contrats du consommateur) qui conclut la réglementation du contrat en général. Outre la reconnaissance sur le plan des sources, cela a constitué, à notre avis, un signal «fort», indiquant que les règles introduites par l'Union en la matière ont une double valeur. D'une part, on a introduit la catégorie des «consommateurs», qui était ignorée par le code et, d'autre part, ces règles se sont qualifiées automatiquement comme des règles à caractère général, ayant

<sup>(3)</sup> Voir, par exemple, Alpa, *Programmi e progetti del Consiglio d'Europa e della Comunità economica europea sulla disciplina dei contratti standard*, *Foro it.*, 1977, tome V, p. 73, et *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologne, 1978; Ghidini, *I diritti dei consumatori*, Bologne, 1978.

<sup>(4)</sup> Voir pour tous Roppo, *Contratti standard*, Milan, 1975.

<sup>(5)</sup> Voir la proposition de Massimo Bianca et sa discussion, auxquelles il convient d'ajouter les recherches de droit italien et de droit comparé, dans les contributions rassemblées par Bianca, *Le condizioni generali di contratto*, tomes I et II, Milan, 1979.

<sup>(6)</sup> Le ministre des affaires sociales de l'époque, l'avocate Fernanda Contri, avait constitué une commission, dont j'assurais la coordination. Le projet fut présenté au président du Conseil, qui était alors Carlo Azeglio Ciampi, mais il n'eut pas de suite car, du fait de l'alternance des gouvernements, peu après le gouvernement de Ciampi est arrivé au terme de son mandat.

<sup>(7)</sup> Les nouvelles propositions et le processus parlementaire sont décrits et commentés dans le volume de Bianca et Alpa, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padoue, 1996. De nombreux parlementaires ont contribué à l'élaboration du texte, en particulier le sénateur Pietro Perlingieri qui a aussi abondamment critiqué le résultat final. Les associations de consommateurs, les associations professionnelles et les chambres de commerce ont également apporté leur contribution.

donc une influence sur la réglementation du contrat, même si elles sont réservées aux contrats conclus par les consommateurs.

Il s'est agi d'un choix ambitieux, non exempt de difficultés. Le lexique du code (élégant car revu par les puristes de la langue italienne) a désormais un rythme somptueux, alors que la directive, d'abord, le texte de transposition, ensuite, dénoncent tant le lexique fonctionnel, mais moins soigné, caractéristique de Bruxelles, que la progression asystématique de l'exposé. En outre, l'intégration dans le tissu du code aurait dû prévoir des dispositions de coordination avec la réglementation antérieure, vu le soin systématique avec lequel le code a été rédigé. Par ailleurs, la version italienne de la directive présente quelques imprécisions techniques, que le législateur aurait dû corriger avec le texte de transposition, sans en trahir l'esprit, mais en l'adaptant à la terminologie et à l'appareil conceptuel qui caractérisent notre culture juridique. Malheureusement, comme on le verra, toutes ces précautions n'ont pas été prises et l'intégration ne s'est pas faite au mieux.

Dès le début, la nouvelle législation a suscité une littérature impressionnante; en revanche, on a enregistré une jurisprudence modeste et on a constaté une adaptation spontanée marginale (pour ne pas dire insignifiante) des formulaires utilisés par les professionnels. En outre, en différents points, la Commission a considéré que la nouvelle législation n'était pas parfaitement conforme à la directive <sup>(8)</sup>.

## 2. Comparaison synthétique du texte de la directive et du texte de transposition (articles 1469 *bis* et 1469 *sexies* du code civil)

2.1. Il est possible de reconstituer synthétiquement les correspondances et les modifications ou intégrations.

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive délimite son champ d'application. Il correspond à l'article 1469 *bis*, 1, du code civil.

Toutefois, alors que le texte de la directive n'indique pas les prestations qui font l'objet du contrat, mais se réfère simplement à la catégorie des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, catégorie qui correspond à l'intitulé du chapitre du code civil rénové, l'article 1469 *bis*, 1, précise l'objet du contrat en mentionnant la «cession de biens» et la «prestation de services». Selon les commentateurs, cette précision n'a pas pour fonction de restreindre le champ d'application de la législation. Sauf exceptions, tous ceux qui se sont fixés pour tâche de comprendre, d'expliquer, de critiquer le texte, considèrent que l'application de la nouvelle réglementation concerne l'ensemble des contrats conclus entre le consommateur, d'une part, et le professionnel, de l'autre.

<sup>(8)</sup> La littérature en la matière est très vaste, au point que les banques de données bibliographiques présentent plus de cinquante pages de références, qu'il est impossible de rapporter ici de manière exhaustive. Quant aux monographies, signalons en particulier: Barengi, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Naples, 1996; *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Cesàro, Padoue, 1996, volume I; Ruffolo, *Clausole «vessatorie» e «abusives»*, Milan, 1997; AA.VV. *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, *Le nuove leggi civili comm.*, 1997, p. 752 et suiv.; Romagnoli, G., *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padoue, 1997; Alpa, *I contratti dei consumatori*, Rome, 1997 et *Il diritto dei consumatori*, Rome-Bari, 1999. Le commentaire le plus connu a été rédigé par un groupe de chercheurs sous la coordination de Alpa et Patti, S., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del Codice civile*, Milan, 1997, tomes I et II.

Parmi les articles encyclopédiques voir Roppo et Napolitano, *Clausole abusive*, *Enc. giur.*, Rome, 1997, volume VI. L'analyse des expériences étrangères, antérieures et postérieures à la directive, est tout aussi vaste: voir par exemple les contributions rassemblées par Bianca et Alpa, *Le clausole abusive*, ouvrage cité, et Alpa et Patti, *Le clausole vessatorie*, ouvrage cité, tome II; Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese, inglese*, *La nuova giur. civ. comm.*, 1994, tome II, p. 426 et suiv.; Somma, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca* (en cours d'impression); Scarpello, *Contratti dei consumatori ed interpretazione del diritto privato comunitario: il caso della tutela inibitoria di clausole vessatorie riproduttive di regolamenti negoziali*, *Giur. it.*, 1998, tome I, p. 1609.

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive, portant sur les clauses qui reflètent des dispositions, est repris presque littéralement par l'article 1469 *ter*, 3.

L'article 2, point a), de la directive concerne la terminologie des clauses. Calquant le vocabulaire sur l'interprétation donnée aux articles 1341 et 1342 du code civil pour les conditions générales de contrat, l'article 1469 *bis* a remplacé l'adjectif «*abusive*» par l'adjectif «*vessatorie*» car, dans notre ordre juridique, l'abus du droit n'a pas été codifié, même si diverses dispositions expriment ce principe général.

L'article 2, point b), de la directive définit le consommateur comme une «*personne physique*». Le législateur italien a repris la même formule, en restreignant donc le champ d'application du texte de transposition aux seuls contrats dans lesquels la contrepartie du professionnel est le consommateur individuel agissant pour des objectifs étrangers à l'activité entrepreneuriale ou professionnelle. Cette restriction, bien que conforme à la directive, a été amplement débattue, soit parce que, déjà, dans les projets de transposition, il avait été proposé d'étendre la protection aux sujets collectifs qui n'exercent pas d'activité lucrative, soit parce que le professionnel agissant pour des objectifs étrangers à sa profession doit lui aussi être considéré comme un consommateur, soit parce que le petit entrepreneur (y compris l'artisan) mérite une protection, soit parce que le consommateur lui-même peut acquérir un bien ou un service en poursuivant des buts «*mixtes*». En fait, les autres directives ont été également transposées en considérant le consommateur uniquement en tant que personne physique, et c'est à la personne physique que se réfère la loi générale sur les droits des consommateurs, sur laquelle nous reviendrons. Les responsables de l'interprétation du texte considèrent avec intérêt les autres expériences, dans lesquelles, sans élargir la définition au niveau normatif, des décisions ont déjà été enregistrées qui étendent la notion de consommateur au-delà de la personne physique, aux groupes de personnes qui n'ont pas de but lucratif, ou aux professionnels (autres que des personnes physiques) agissant avec d'autres professionnels en dehors de l'activité économique qu'ils exercent professionnellement. Les expériences des autres pays membres sont donc suivies avec attention <sup>(9)</sup>.

Le problème pourra être résolu par la jurisprudence. Cependant, il est significatif que la question de la restriction à la seule personne physique ait fait l'objet d'une ordonnance de renvoi à la Cour constitutionnelle. Le juge de renvoi <sup>(10)</sup> a, entre autres, reconnu la violation des principes de protection du travail (articles 35 et 41 de la Constitution) ainsi que celle du principe d'égalité prévu par la Constitution (article 3, paragraphe 1).

L'affaire *Lido s.n.c. contre Enel* concernait l'opposition à l'arrêt portant injonction par lequel le distributeur d'électricité (Enel) avait exigé le paiement d'une somme due pour des factures impayées concernant des fournitures d'énergie électrique à une petite société personnelle. La procédure avait été confiée au juge de paix de l'Aquila, siège du requérant, conformément à la clause de la juridiction compétente, contenue dans le contrat de fourniture du service, élaboré par l'Enel.

<sup>(9)</sup> Pour l'expérience française, dans l'abondante littérature, voir en particulier Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1993, *Bull. civ.*, tome I, n° 4, et *D.1993, Somm.*, 237 *obs.* Paisant; *Rev. trim. dr. com.* 1993, 706 *obs.* Bouloc; *Code de la consommation*, comm. par Pizzio, Paris, 1995, p. 57 et suiv.

Pour l'expérience belge, Bourgoignie, *Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation*, Bruxelles, 1995, p. 21 et suiv. et les contributions du centre de droit de la consommation de Louvain-la-Neuve. Pour ces deux expériences, à signaler les documents préparés par le groupe de recherche sur le droit des obligations, coordonné par Jacques Ghestin et Marcel Fontaine.

Pour l'expérience anglaise, voir les affaires rapportées par Oughton et Lowry, *Consumer Law*, Londres, 1997, p. 2 et suiv., et les centres de recherche de Graint Howells (Sheffield) et de Steven Weatherill (Oxford).

Pour l'expérience allemande, voir Weil et Puis, *Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives*, *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 127 et suiv., et les contributions des centres de recherche de Norbert Reich (Brême) et de Hans Micklitz (Bamberg).

En général, voir Micklitz et Weatherill, *European Economic Law*, Dartmouth, 1997, p. 343 et suiv.

<sup>(10)</sup> Juge de paix de l'Aquila, 4 novembre 1997 (inédit).



À l'appui de l'opposition, la société avait soulevé l'exception déclinatoire d'incompétence, insistant pour être qualifiée de «consommateur» et invoquant l'application de l'article 1469 *bis*, qui prévoit le caractère prétendument abusif des clauses de dérogation de la compétence de l'autorité judiciaire. Le juge de paix assigné a relevé une différenciation injustifiée dans le traitement du consommateur (personne physique) par rapport à la personne juridique ou à la personne physique qui agirait pour des buts entrepreneuriaux ou professionnels, dans la mesure où «la protection des clauses abusives concerne aussi, dans la même mesure, le marché des biens destinés à la production» et protège donc le travail sous toutes ses formes; il a donc renvoyé la question à la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle ne s'est pas encore exprimée à ce sujet, mais il semble difficile que la question soit acceptée. Le court texte de l'arrêt ne soulève pas la question de la définition du consommateur au sens propre, mais soutient la protection nécessaire des personnes juridiques et des professionnels qui, agissant non en dehors, mais au cours de leur activité professionnelle, souscrivent des contrats préparés par des fournisseurs de biens et de services. L'attention du juge s'est centrée sur la disparité de pouvoir contractuel et non sur la position de l'acheteur de biens et de services *en dehors de* son activité professionnelle, en dehors donc de tout but lucratif et sans introduire le bien ou le service dans son cycle de production.

En outre, la restriction résulte d'un choix législatif conforme au texte de la directive et tout à fait raisonnable. L'esprit de la directive, et des politiques communautaires qui la soutiennent, vise entièrement à protéger la personne qui se trouve dans une situation d'infériorité, moins parce qu'elle est obligée d'accepter des clauses préparées, mais parce que (intervenant en tant que consommateur) elle n'a pas la compétence technique et spécifique pour pouvoir comprendre et négocier les conditions de l'opération économique qu'elle veut conclure.

En outre, la déclaration de caractère contraire à la Constitution ouvrirait un délicat problème de rapports entre le droit communautaire et le droit interne, car la Cour constitutionnelle serait contrainte de souligner que, dans les secteurs où on a renoncé à la souveraineté législative en faveur de la Communauté, le droit communautaire entrerait en conflit avec les normes fondamentales de l'ordre juridique italien.

L'article 3, paragraphes 1 et 2, concerne les clauses faisant l'objet d'une négociation individuelle. Bien qu'articulé, le texte de la directive n'est pas précis. Le texte de transposition (article 1469 *ter* c.3, dernière partie) est assez laconique dans la mesure où il se limite à énoncer que «ne sont pas abusives les clauses ou les éléments de clause qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle». En ce qui concerne les contrats d'adhésion, la formule de la directive correspond, en gros, à l'article 1469 *ter* c.4. L'imprécision du texte de la directive vient de la spécification de la présomption de non-négociation (*in particolare...*) et de la qualification de la négociation (*individuale*). On peut se demander si le contrôle du caractère abusif peut concerner des contrats rédigés par le professionnel (ou utilisés par le professionnel, mais rédigés par des tiers) qui ne soient pas soumis à une condition/identité de consommateurs, mais qui aient été conclus pour une seule opération. On peut aussi se demander si des clauses contenues dans des formulaires, négociées par les associations de consommateurs avec un seul professionnel ou avec des associations de professionnels, dans la mesure où elles ont été négociées sur une base non individuelle, échapperaient au contrôle du caractère abusif. Même l'expression «négociation» n'est pas univoque: que dire de clauses qui présenteraient une alternative entre elles, auraient été soumises au consommateur, lequel aurait choisi celle qu'il préfère?

La charge de la preuve de la négociation individuelle visée à l'article 3, paragraphe 2, deuxième alinéa, dernière partie de la directive, correspond à l'article 1469 *ter* c.4.

Quant aux critères d'appréciation du caractère abusif d'une clause, le texte de la directive est ambigu. L'article 3, paragraphe 1, pose de nombreux problèmes d'interprétation (outre sa traduction imparfaite en langue italienne), à savoir:

- La bonne foi doit-elle être comprise dans un sens subjectif, ou plutôt dans un sens objectif (comme je le pense)?

- Le caractère contraire à la bonne foi est-il un critère qui s'ajoute au déséquilibre, le renforce-t-il ou est-il emphatique, le fait que la clause est contraire à ce qui est correct étant implicite au déséquilibre?
- Le déséquilibre «significatif» (expression reprise littéralement du texte italien de la directive) doit-il être considéré comme synonyme de «grave», «excessif», «important» ou «non négligeable»?

Il est clair qu'on est en présence d'une double clause générale (bonne foi + déséquilibre significatif) qui permet au juge de constituer son appréciation en tenant compte également d'autres facteurs relatifs à l'objet, aux circonstances, aux autres prévisions contractuelles: en ce sens, l'article 4, paragraphe 1, de la directive correspond à l'article 1469 *ter*, 1.

À ces critères s'ajoute le critère relatif à la clarté et à la compréhensibilité de la clause, sur lequel nous reviendrons.

L'article 3, paragraphe 3, de la directive renvoie à une liste «indicative et non exhaustive» de clauses qui peuvent être déclarées abusives, donnée en annexe de la directive. De ce point de vue également, le texte de la directive est ambigu car il ne précise pas si les clauses incluses dans la directive à titre «indicatif et non exhaustif» doivent seulement être considérées comme «éventuellement» abusives — libre ensuite au législateur national de décider —, ou si cela signifie que «dans tous les cas» les clauses mentionnées doivent être considérées comme abusives et si la liste peut être élargie. Le texte ne précise pas si la liste peut être réduite.

Sous cet aspect, le modèle italien apparaît comme original et plus respectueux des intérêts des consommateurs que la directive. La réglementation prévoit en effet la répartition des clauses en plusieurs listes, et divers effets juridiques découlant de l'inclusion d'une clause dans ces listes.

- a) Certaines clauses sont considérées comme n'étant pas présumées abusives mais abusives tout court. Leur qualification ne cesse pas, même si elles ont fait l'objet d'une négociation. Il s'agit (précise l'article 1469 *quinquies*) des clauses qui excluent ou limitent la responsabilité du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel [point a) de l'annexe de la directive]; des clauses qui excluent ou limitent l'action du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel [point b) de l'annexe de la directive]; des clauses qui prévoient que l'adhésion du consommateur est étendue à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat [point i) de l'annexe de la directive].
- b) Il existe des clauses qui sont présumées abusives jusqu'à preuve du contraire. Les quatorze groupes de clauses résiduelles (par rapport aux précédentes) mentionnées à l'annexe de la directive sont articulés et intégrés dans le code en une liste de vingt groupes (article 1469 *bis* c.3). Toutefois, on doit signaler une répétition dans le texte italien, c'est-à-dire une correspondance curieuse des clauses mentionnées ci-dessus au point a) (article 1469 *quinquies*) aux clauses énumérées aux points 1, 2, 10 de l'article 1469 *bis* c.3. Il s'agit d'une erreur du texte qu'il faut corriger en ce qui concerne l'interprétation, mais qui pourrait être corrigée par le législateur lui-même si, par suite des demandes de la Commission, ce texte devait de toute façon être modifié.
- c) À mentionner également les clauses qui concernent des types particuliers de contrats, pour lesquels la directive prévoit des exceptions et des régimes spéciaux, suivie en cela point par point par le législateur italien (article 1469 *bis* c.4, 5, 6, 7).

Il ne convient pas d'analyser ici les différentes clauses qualifiées d'abusives en soi ou qui peuvent être qualifiées comme telles. Cependant, il est utile d'attirer l'attention sur le point q) de l'annexe, formulé de manière peu compréhensible en italien (mais je crois qu'il en est de même dans les autres langues dans lesquelles la directive a été traduite).

Le point q) prévoit de «*sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche [...]*» («supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales [...]»). Le texte de transposition dédouble cet énoncé en deux groupes de clauses: celles qui ont pour objet ou pour effet de «sanctionner à la charge du consommateur des déchéances, des limitations de la faculté d'opposer des exceptions, des dérogations à la compétence de l'autorité judiciaire...» (article 1469 *bis* n° 18) et d'«établir comme siège du tribunal compétent pour les litiges un lieu autre que le lieu de résidence ou de domicile élu du consommateur».

Les objectifs de la Communauté, que partage le législateur italien, visent à éviter que le consommateur ne soit empêché de s'adresser au juge ordinaire et qu'il lui soit imposé de rencontrer le professionnel dans son siège, qui peut être différent et éloigné de celui du requérant <sup>(11)</sup>.

Cependant, le professionnel peut facilement éluder le deuxième objectif si, au lieu de prévoir dans le contrat une clause de dérogation à la compétence territoriale, il ne prévoit rien pour que, aux fins de l'établissement du jugement, on puisse suivre les règles générales dictées par le code de procédure civile pour les actions relatives aux rapports obligatoires.

Le premier objectif ne peut faire obstacle à l'objectif opposé que poursuit la Communauté, à savoir promouvoir le recours aux *alternative dispute resolutions* (ADR) énoncé dans le livre vert en la matière et, en dernier lieu, dans la résolution du 30 mars 1998.

Pour pouvoir donner un sens plausible au point q) et au n° 18 du texte italien, il faut donc s'intéresser au terme «exclusivement» du point q). En d'autres termes, le consommateur doit pouvoir choisir entre s'en remettre au juge ordinaire ou s'adresser à l'institution (publique ou privée) qui s'occupe de conciliation, de médiation, d'arbitrage.

Mais le texte italien est draconien car, pris littéralement, il exclurait l'admissibilité de clauses dérogatoires à la juridiction et empêcherait donc le recours aux ADR, comme si seul le juge ordinaire pouvait garantir au consommateur l'impartialité, l'indépendance, le professionnalisme, etc. D'où le dilemme des interprètes: donner une interprétation restrictive au n° 18, de manière à faciliter les ADR, ou laisser les choses telles quelles, et donc se mettre en contradiction avec les initiatives de l'Union, ou encore promouvoir la validité de clauses qui renvoient les litiges à des institutions qui traitent les ADR seulement si la possibilité de choix est assurée au consommateur?

Nous avons parlé de l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Le paragraphe 2 correspond à l'article 1469 *ter* c.2, qui étend la protection du consommateur, dans la mesure où la directive se réfère à l'objet «principal» du contrat, alors que le code civil se réfère à l'objet tout court.

La dernière partie de l'article 4, paragraphe 2, et la première partie de l'article 5 imposent au professionnel d'utiliser des clauses rédigées de façon «claire et compréhensible», sous peine d'appréciation de caractère abusif. Ces connotations relatives à la clarté et à la compréhensibilité peuvent, elles aussi, être considérées comme étant des formules générales, car elles impliquent un pouvoir discrétionnaire assez large de l'interprète. Ni la directive ni le texte de transposition ne font allusion au modèle de référence sur la base duquel il convient d'apprécier si une clause répond aux exigences requises, de sorte que les interprètes se sont interrogés longuement sur le sens de ces expressions, qui ne figuraient pas dans le texte du code civil avant la mise à jour.

Voici quelques questions suscitées par la directive et le texte de transposition: lorsqu'on évalue la clarté et la compréhensibilité, doit-on prendre comme modèle le consommateur moyen (dans le cas du droit italien, le bon père de famille) ou bien le consommateur «raisonnable»? Doit-on tenir compte de l'application moyenne avec laquelle le consommateur doit lire et comprendre les clauses? Doit-on tenir compte du consommateur de façon concrète, c'est-à-dire des circons-

<sup>(11)</sup> À ce sujet, voir Alpa, *Il diritto dei consumatori*, œuvre citée, p. 420 et suiv.

tances particulières dans lesquelles le contrat a été conclu? Comment évaluer les clauses qui sont rédigées conformément à la pratique de négociation, par exemple dans les contrats d'assurance et les contrats bancaires où se suivent des termes techniques, ayant un sens précis, mais qui rebutent le consommateur non averti? La clarté et la compréhensibilité peuvent-elles être intégrées sur la base des informations fournies oralement ou par écrit par le professionnel? Les exigences de clarté et de compréhensibilité sont-elles cumulatives ou disjonctives, c'est-à-dire les clauses doivent-elles être claires *et* compréhensibles, ou claires *ou* compréhensibles?

Les ambiguïtés de la formulation de la directive — qui se reflètent malheureusement dans l'imprécision du texte de transposition, lequel reprend littéralement la directive pour ces points — ne s'arrêtent pas là.

En effet, la directive n'indique pas exactement quelles sont les conséquences lorsqu'une clause est qualifiée d'«obscur» ou d'«incompréhensible». L'article 5 de la directive laisserait entendre que les clauses obscures ou incompréhensibles doivent être interprétées, dans le doute, en faveur du consommateur; il semblerait donc laisser entendre que le problème peut être résolu en donnant à la clause le sens le plus favorable pour le consommateur. Ainsi, une clause obscure ou incompréhensible produirait de toute façon des effets, même s'il s'agit uniquement des effets les plus favorables au consommateur; on ne pourrait donc pas parvenir à l'appréciation de caractère abusif et donc d'inefficacité du seul fait de son caractère obscur et incompréhensible. Or la dernière partie de l'article 4, paragraphe 2, laisse entendre le contraire, à savoir que les clauses concernant l'objet, le prix, la rémunération, la contrepartie fournie au consommateur, peuvent être assujetties, déclarées abusives lorsqu'elles sont obscures ou incompréhensibles et peuvent donc ne pas produire d'effet. Pour des raisons systématiques, on devrait considérer que la directive a introduit un double régime de contrôle de la clarté et de la compréhensibilité, selon que les clauses en question concernent l'objet, le prix, etc., ou d'autres aspects du contrat.

Les dispositions du texte italien de transposition, qui n'a pas éliminé les doutes découlant de la directive (respectivement les articles 1469 *ter*, 2, et 1469 *quater*), pose les mêmes problèmes d'interprétation.

Dans sa dernière partie, l'article 5 de la directive prévoit en outre que la règle d'interprétation (*interpretatio contra proferentem*) n'est pas applicable dans le cadre des procédures prévues par l'article 7, paragraphe 2 (en ce qui concerne les actions en cessation). Tant pour l'interprétation que pour la cessation, le texte italien a omis cette précision. Les commentateurs et certains arrêts ont passé outre la lacune, qu'ils ont considérée comme une bévue du législateur et ont donc appliqué la disposition *in bonam partem* (bien évidemment en faveur des consommateurs).

D'où les remarques de la Commission, sur lesquelles nous reviendrons.

L'article 6 de la directive a trait aux conséquences de l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Le législateur italien pouvait choisir entre plusieurs options: considérer la clause abusive comme invalide (nulle ou annulable) ou comme inefficace. Toutes les possibilités ont été envisagées dans les projets; à l'article 1469 *quinquies*, le code civil actualisé a opté pour l'inefficacité partielle et relative. Partielle parce que le contrat reste efficace «pour le reste» (comme l'indique la directive), relative parce que seul le consommateur peut la faire valoir.

La solution est plus favorable au consommateur dans la mesure où la nullité de la clause pourrait entraîner une lacune du contrat et son intégration en vertu de l'article 1374 du code civil.

Le texte de transposition ajoute une prévision en faveur du consommateur, puisqu'il dispose que l'inefficacité peut être relevée par le juge d'office (article 1469 *quinquies*, 3).

Toutefois, même à propos de l'efficacité du «reste», les problèmes ne manquent pas. La directive précise que le contrat reste contraignant pour le reste, «s'il peut subsister sans les clauses abusives». Cette condition n'a pas été reproduite dans le texte italien. Peut-être est-elle superflue, étant donné qu'il va de soi qu'un contrat dans lequel une grande partie des clauses sont inefficaces ne peut produire d'effets et donc le «reste» aussi devient inutile. Mais que dire des

clauses inefficaces (parce qu'obscurcs ou incompréhensibles) qui ont pour objet le prix ou la contrepartie? Le juge peut-il intervenir? Et si le juge ne peut se référer à des indices objectifs tels que le prix, les pratiques, etc., que faire?

Enfin, l'article 7 de la directive concernant l'action en cessation a été transposé par l'article 1469 *sexies*. La disposition est claire dans le texte de la directive, mais elle semble incomplète. En effet, la directive ne dit pas s'il est possible d'empêcher d'éluder les effets de la cessation. En d'autres termes, la déclaration d'inefficacité agit sur la clause individuelle (reproduite sur les exemplaires diffusés par le professionnel), mais le professionnel peut la remplacer par une autre clause de même teneur, même si elle est formulée de façon un peu différente de la clause concernée, et peut ainsi conclure des contrats défavorables pour le consommateur. En outre, on ne comprend pas si l'action en cessation est autorisée seulement pour les associations ou aussi pour les consommateurs particuliers. Il est vrai que le paragraphe 2 étend la légitimation active à des «personnes» ayant un intérêt légitime à protéger les intérêts des consommateurs et donc, par interprétation systématique et logique, si la légitimation est autorisée à des tiers, elle devrait également l'être au consommateur individuel.

Le texte de l'article 1469 *sexies* se prête à d'autres remarques.

D'une part, il est appréciable (dans l'optique de la protection du consommateur) parce qu'il étend la qualité pour agir aux chambres de commerce, lesquelles étaient déjà chargées, dans notre ordre juridique, de contrôler les conditions générales de contrat aux fins de la protection des consommateurs (article 2 de la loi n° 580/1993). D'autre part, il ne mentionne pas la possibilité d'agir de la part du consommateur individuel, de plus il renvoie l'action en cessation aux articles 669 *bis* et suivants du code de procédure civile, qui fixe des conditions précises concernant l'admissibilité de la cessation. La Commission a fait une autre remarque sur ce point, considérant que la réglementation de transposition n'était pas conforme à la directive. Nous y reviendrons.

Un autre aspect positif est donné par le dernier alinéa de l'article 1469 *sexies*, qui permet au juge d'ordonner que la mesure de transposition soit publiée dans un ou plusieurs journaux, dont un au moins à diffusion nationale. Cette disposition présente plusieurs avantages: elle sert à informer le public des consommateurs que la clause utilisée a été (provisoirement) déclarée abusive; elle signale la clause à d'autres juges, qui examinent ou peuvent être appelés à examiner à l'avenir une question analogue; elle signale aux professionnels qui utiliseraient des clauses semblables qu'elles risquent d'être déclarées inefficaces et, surtout, elle fait l'effet d'une publicité négative pour le professionnel qui a utilisé des clauses abusives.

Il convient d'ajouter que l'action en cessation est traitée également dans la récente loi générale sur les droits des consommateurs et sur le rôle de leurs associations (article 3 de la loi n° 381) et que la directive communautaire sur l'action en cessation en général n'a pas encore été transposée.

### **3. Les réactions au texte de transposition**

Le texte de transposition n'a pas satisfait pleinement la communauté des juristes et les associations de consommateurs et a soulevé des critiques de la part de la Commission européenne elle-même.

Le débat au sein du Parlement s'est révélé un véritable boomerang. L'intention de faire participer les représentants de la nation toute entière à l'élaboration d'un texte qui devait modifier le code civil et concerner tous les citoyens était louable, mais le résultat aurait certainement été meilleur sous l'angle de la formulation technique et de la cohérence s'il avait été élaboré par une commission d'experts et examiné par le gouvernement. La succession d'amendements et de corrections a débouché sur un texte parfois ambigu et pas entièrement satisfaisant du point de vue des choix optionnels en faveur du consommateur. En outre — nous le soulignerons dans la conclusion de l'analyse — on a perdu l'occasion de coordonner ce texte avec les règles existant déjà dans le code civil (en particulier les articles 1341, 1342, 1370), les dispositions relatives aux réglementations des transpositions des autres directives, la réglementation des contrats bancaires et d'assurance, etc.

Le contrôle judiciaire des clauses — la technique la plus diffuse dans les ordres juridiques des pays de l'Union — a représenté pour les associations des tâches importantes et lourdes. L'État considère — nous reviendrons sur ce sujet dans la conclusion — que c'est le seul moyen concrètement applicable pour modifier les contrats ayant des clauses abusives. Les tentatives de négocier les clauses préparées avec les associations de professionnels ou avec différentes grandes entreprises ont toujours échoué, la seule issue restante était donc l'action judiciaire en cessation. Plutôt que d'adapter les formulaires utilisés aux dispositions de la loi de transposition, les professionnels ont préféré continuer à utiliser des clauses ouvertement abusives et n'ont pas profité de l'occasion de modifier les formulaires pour ajouter un instrument de concurrence vis-à-vis des autres opérateurs de leur secteur <sup>(12)</sup>. Les propositions de créer également une commission nationale chargée du contrôle (ex ante ou ex post) des clauses abusives ont été rejetées.

Pour sa part, la Commission a relevé différentes violations de la directive.

#### 4. La procédure d'infraction ouverte par la Commission européenne vis-à-vis de l'Italie pour transposition de la directive

Dès le 13 décembre 1996, quelques mois seulement après l'adoption du texte de transposition, la Commission avait fait plusieurs remarques au gouvernement italien.

- i) Une remarque relative au champ d'application de la directive, considéré comme étant trop limité pour la définition des contenus des contrats des consommateurs auxquels s'applique la réglementation du code civil (article 1469 *bis*). En revanche, comme la directive s'applique à l'«ensemble des contrats de consommation», tous les contrats qui ne porteraient pas sur la fourniture de biens ou de services, seraient soustraits à la réglementation.
- ii) La Commission avait également notifié que, dans la réglementation de l'action en cessation, l'application de la règle «*interpretatio contra proferentem*» n'étant pas exclue, la réglementation italienne réduisait les espaces de protection dans les procédures d'urgence, dans la mesure où, avec une opération herméneutique, le juge était en mesure de corriger le sens de la clause obscure ou incompréhensible, sans recevoir donc la requête et en permettant au professionnel de continuer à utiliser la clause «*medio tempore*».
- iii) Une autre remarque portait sur l'application de l'article 6, paragraphe 2, de la directive concernant l'application de la réglementation la plus favorable au consommateur en cas de contrat soumis à la réglementation d'un pays tiers et présentant un lien étroit avec le territoire d'un État membre. Comme l'article 1469 *quinquies*, 5, reproduit la disposition favorable, tout en la limitant au «présent article» (qui concerne les clauses considérées comme abusives et les effets du caractère abusif) sans l'étendre à toutes les dispositions du chapitre, on en déduisait une transposition restrictive de la directive.
- iv) La Commission avait également souligné que l'action en cessation au titre de l'article 1469 *sexies* ne prévoit pas, pour les associations de consommateurs, la qualité pour agir contre les associations de professionnels ayant diffusé des recommandations concernant les formulaires contractuels utilisés par leurs associés.

Par lettre du 14 mars 1997, le gouvernement italien avait répondu:

- à la première remarque, que la définition des objets des contrats de consommateurs n'excluait pas que la réglementation introduite était applicable à tous les contrats de cette catégorie;
- à la deuxième remarque, qu'il existait déjà dans le code civil (article 1370) une disposition imposant une règle générale quant à l'interprétation du contrat, règle à laquelle il n'était pas justifié de déroger;

<sup>(12)</sup> Sur ce point, voir Bartolini, *Guida ai diritti dei consumatori* (collection *L'Europa in Italia*), Rome, 1999, et *Consumario* (en collaboration avec Lubrano, A.), Milan, 1998.

- qu'il approuvait la troisième remarque;
- qu'il jugeait non pertinente la quatrième remarque dans la mesure où les recommandations des associations catégorielles n'ont aucune pertinence juridique.

Non satisfaite des réponses et, en tout cas, de l'inertie du gouvernement italien, le 6 avril 1998, la Commission a entamé la procédure d'infraction n° 98/2026 au titre de l'article 1469 du traité de Rome. Elle a contesté les réponses italiennes, répété ses propres remarques et, à propos de l'action en cessation, précisé que la nouvelle réglementation ne concernait que les faits postérieurs à la conclusion du contrat, alors qu'elle rend vaine l'action préventive qui devrait pouvoir être proposée à l'encontre des recommandations d'un professionnel ou d'associations de professionnels visant l'utilisation de clauses contractuelles générales <sup>(13)</sup>.

En réponse aux contestations de la Commission, le gouvernement italien a rédigé et communiqué à Bruxelles d'autres remarques <sup>(14)</sup>.

En réponse à la première remarque, il a été observé que la spécification de l'objet des contrats du consommateur n'est pas une restriction du champ d'application, mais seulement une précision de l'objet, qui résulte aussi, entre autres, des considérants de la directive (n°s 2, 7, 9, 18), et il a été ajouté que la doctrine a déjà proposé une interprétation extensive de l'article 1469 *bis*, qui inclut toute opération économique conclue par le consommateur avec le professionnel, et donc également, par exemple, les règlements de copropriété et de communauté liés à la multipropriété, l'octroi d'hypothèques, le cautionnement, l'option, les contrats unilatéraux, les promesses, la vente de biens usagés (ou d'occasion).

Concernant la deuxième remarque, l'article 1370 du code civil sur l'*interpretatio contra proferentem* étant déjà d'application, il est précisé que l'interprétation la plus favorable pour le consommateur n'est pas celle qui préserve la clause (en lui donnant un sens plus favorable au consommateur), mais celle qui permet de la rendre inefficace.

Concernant la troisième remarque, on considère que l'application de l'article 1469 *quinquies*, 5, résulte d'une bévue du législateur, que la doctrine a déjà fait en sorte de dépasser en proposant une lecture extensive, visant à sauvegarder les intérêts des consommateurs; on souhaite toutefois une intervention législative visant à éliminer l'erreur.

Pour la quatrième remarque, il est réaffirmé que, dans notre ordre juridique, les simples recommandations des associations de professionnels ne sont pas juridiquement contraignantes.

À propos de la cinquième remarque, le gouvernement s'est arrêté surtout sur l'interprétation de l'article 1469 *sexies* qui a donné lieu à des désaccords en matière de jurisprudence dont nous reparlerons prochainement, certains restrictifs, d'autres extensifs, concernant l'appréciation des conditions de la demande d'action en cessation; il a rappelé l'orientation de la directive, plus favorable à l'interprétation extensive qui protège le consommateur. De toute manière, il a souligné qu'une interprétation restrictive des règles de procédure qui empêcherait d'effectuer un contrôle préventif des clauses restrictives serait contraire à l'article 7 de la directive et ne pourrait donc pas être admise dans notre ordre juridique.

Le contentieux avec la Commission ne s'arrête pas là. Le 18 décembre 1998, la Commission a émis un avis <sup>(15)</sup> dans lequel elle affirmait que l'Italie n'a pas transposé fidèlement la directive et elle a donc invité notre pays à prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux indications suivantes:

- «appliquer les dispositions de ladite directive à l'ensemble des contrats conclus entre un consommateur et un professionnel»;

<sup>(13)</sup> Voir le texte dans Alpa, *Codice del consumo e del risparmio*, Milan, 1999, p. 403, et *Corr. giur.*, 1998, p. 844, avec commentaire de Carbone, V.

<sup>(14)</sup> Voir le texte dans Alpa, *op. cit.*, p. 403 et suiv., et *Corr. giur.*, 1998, p. 980, avec commentaire de Carbone, V.

<sup>(15)</sup> Avis motivé du 18 décembre 1998 C (1998) 4050 déf. (inédit).

- «transposer l'article 5, troisième phrase, de ladite directive»;
- «transposer intégralement l'article 6, paragraphe 2, de ladite directive»;
- «transposer intégralement l'article 7, paragraphe 3, de ladite directive».

## 5. L'application jurisprudentielle des articles 1469 *bis* et 1469 *sexies* du code civil

Comme nous l'avons déjà indiqué, au cours des trois premières années d'application de la nouvelle réglementation, le nombre de cas est si faible qu'il est décevant et qu'il se limite inexplicablement à quelques secteurs d'intervention <sup>(16)</sup>.

Tout d'abord, on constate un écart immense entre le nombre des prononcés qui se sont accumulés au fil du temps au cours des dix dernières années concernant les articles 1341, 1342, 1370 du code civil relatifs aux conditions générales de contrat appliquées entre tous les contractants (et donc également entre les professionnels) et les rares actions conservatoires intentées par les associations.

Par ailleurs, dans la grande variété de modèles de contrats utilisés (on a calculé que plus de 40 000 textes circulent dans notre pays), peu de secteurs sont concernés par ce problème, tels que les contrats d'assurance, les contrats bancaires, les contrats de voyage, les contrats d'achat de véhicules automobiles, alors que les contrats des agences immobilières pour la vente d'immeubles, les contrats pour la fourniture des services publics essentiels, etc., ne sont pas concernés.

Les délais serrés n'ont pas encore permis aux éventuelles actions intentées de parvenir au terme du premier degré. On ignore donc s'il y a des jugements en cours. On peut toutefois déjà signaler un certain nombre de décisions.

En ce concerne les procédures de cessation, un contraste apparaît entre les premières décisions, où l'on considérait que la condition de l'urgence ne subsistait pas (*periculum in mora*) et les arrêts suivants, par lesquels d'autres tribunaux ont en revanche accueilli les actions en cessation. Ce contraste semble actuellement en voie d'être dépassé grâce à une interprétation extensive (et donc plus favorable au consommateur) des dispositions de nature judiciaire. Les affaires les plus importantes sont mentionnées ci-après.

### **Les affaires Rover, Citroën, Fiat (achat de véhicules)**

Trois arrêts du tribunal de Turin <sup>(17)</sup> ont exclu l'existence des conditions préalables à une action en cessation au titre de l'article 1469 *sexies* du code civil. Toutes les affaires ont été entamées par le comité de défense des consommateurs et ont été engagées contre les sociétés constructrices de véhicules, responsables des clauses contenues dans les contrats de vente utilisés par les différents concessionnaires. Les clauses soumises à l'examen des juges étaient au nombre de *treize*, mais les juges ne sont pas allés jusqu'à examiner leur contenu, ils se sont arrêtés à l'analyse des conditions requises pour l'ouverture d'une action en cessation. Pour toutes les affaires, ils ont considéré que le préjudice concret, vérifiable vis-à-vis de un ou de plusieurs consommateurs donnés, faisait défaut. Cette référence a été jugée nécessaire pour qu'un préjudice effectif et immédiat puisse subsister. L'argumentation, par ailleurs critiquée par la doctrine, a été utilisée par la Commission européenne pour inférer la violation, par l'Italie, de l'obligation de respecter fidèlement les directives communautaires. Toutefois, à l'exception de l'affaire *Siad*, commentée ci-après, les autres

<sup>(16)</sup> Au cours d'un cycle de séminaires organisés par le commissaire, Emma Bonino, et par l'experte chargée de l'organisation scientifique, Anna Bartolini, en collaboration avec le bureau italien de l'Union, nous nous sommes interrogés sur les raisons de ce phénomène (*Workshop sui diritti dei consumatori* par Anna Bartonini et la représentation de la Commission européenne en Italie, 1998-1999). Des juristes espagnols, italiens et portugais ont participé aux travaux.

<sup>(17)</sup> Tribunal de Turin, arrêt du 4 octobre 1996, *Foro it.*, 1997, tome I, p. 288; tribunal de Turin, arrêt du 16 août 1996, *idem*; tribunal de Turin, arrêt du 14 août 1996, *idem*, avec commentaire de Armone.



affaires expriment une orientation opposée prise par d'autres juges, on peut donc affirmer assez justement que le texte du code civil, bien que laconique, ne réduit pas la protection assurée par la directive, et donc par la réglementation de transposition en faveur des consommateurs.

#### **L'affaire Siremar (transport maritime)**

La question, soulevée par l'association de consommateurs Adiconsum, concernait le caractère abusif d'une clause contenue dans le formulaire élaboré par la Siremar, société publique par actions s'occupant de transport maritime. La clause était la suivante: «Si la société est contrainte de supprimer le départ du navire et si le passager ne veut pas profiter de la possibilité d'effectuer, au cas où cela serait possible, le voyage avec un autre navire de la société, partant plus tard, le contrat est résolu et la société est tenue de restituer le prix qui lui a été versé.» L'association avait demandé d'urgence que cesse l'utilisation de la clause considérée comme abusive. Le tribunal de Palerme <sup>(18)</sup> a approuvé le recours considérant, entre autres, que l'expression «contrainte de supprimer le départ» ne correspond pas à celle de cause imputable ou de motif justifié. En outre, si le passager était contraint de partir plus tard, le contrat ne prévoyait aucun dédommagement pour le détriment qu'il avait subi. On pouvait en déduire une limitation des droits des consommateurs en cas de non-exécution, interdite par l'article 1469 *bis*, 2, du code civil. Ont, entre autres, été dépassées l'objection de la société prévenue, qui estimait ne pas devoir répondre à la réglementation des clauses abusives dans la mesure où elle est une société publique exerçant un service d'intérêt général, et l'objection selon laquelle la limitation de responsabilité avait un effet économique important puisqu'elle était destinée à réduire les coûts, et donc à produire des avantages pour le consommateur.

#### **L'affaire Daewoo (achat de téléviseur)**

Le requérant était un consommateur ayant acheté auprès de Daewoo Electronics Italia SpA un téléviseur qui ne fonctionnait pas. Le juge de paix de Palerme <sup>(19)</sup> a décidé, à titre définitif, que la clause de limitation de la responsabilité et de la garantie était contraire à la nouvelle réglementation. La clause excluait «tout droit à la résolution du contrat de vente, à la réduction du prix ou au dédommagement», étant par ailleurs «expressément exclue [...] la responsabilité de l'entreprise [...] pour tout autre dommage lié à, ou dépendant de quelque façon, de la vente du produit éventuellement défectueux».

#### **L'affaire Siad (assurance contre le vol et l'incendie)**

Le requérant avait acheté, sur la base d'un crédit-bail, un camion qu'il avait assuré auprès de la Siad Assicurazioni SpA contre le risque d'incendie et de vol. Le camion ayant été volé quelques mois plus tard, le requérant avait obtenu une indemnisation réduite par rapport au prix du véhicule, correspondant, selon la partie défenderesse à la valeur moyenne commerciale du moment. Le tribunal de Savone a estimé que, n'ayant pas été «barrée», la clause de versement de l'indemnisation correspondant à la valeur d'achat ne pouvait avoir effet dans la mesure où elle ne pouvait pas être considérée comme une clause additionnelle, et a donc rejeté la demande du requérant <sup>(20)</sup>.

#### **L'affaire Finemiro (crédit à la consommation)**

En l'espèce, il s'agissait d'un financement accordé au requérant par une société financière, Finemiro SpA, en vue d'acquérir du matériel de télésecours. Le rapport a été qualifié comme rapport de crédit à la consommation, mais le juge assigné <sup>(21)</sup> a estimé que, en liaison avec la réglementation du texte unique bancaire, on pouvait également appliquer les dispositions relatives aux

<sup>(18)</sup> Tribunal de Palerme, arrêt du 3 mars 1999, *Corr. giur.*, 1999, p. 588, avec note de Conti.

<sup>(19)</sup> Juge de paix de Palerme, 16 octobre 1998, inédit; les ordonnances et les arrêts palermitains sont commentés par Palmigiano, *Codice del consumo e del risparmio*, œuvre citée, p. 418 et suiv.

<sup>(20)</sup> Tribunal de Savone, 2 mars 1998, inédit.

<sup>(21)</sup> Pret. Bologne, 4 janvier 1999, *Corr. giur.*, 1999, p. 600, avec note de Gioia.

clauses abusives. Il a donc relevé, dans le texte du contrat conclu entre les parties, que la marchandise ayant fait l'objet de l'achat par financement était indiquée de manière absolument générique et a donc déclaré d'office la nullité du contrat pour cause d'indétermination de l'objet.

### **L'affaire ABI, Banca Popolare di Milano, Banca Fideuram (dépôt bancaire)**

L'action en cessation avait été proposée par le *Movimento federativo democratico* et avait pour objet les contrats bancaires de dépôt, contenant diverses clauses considérées comme abusives aux dépens du requérant. Le tribunal de Rome <sup>(22)</sup> a estimé que l'apparence de bon droit (*fumus boni juris*) n'existait plus dans la mesure où les clauses avaient déjà été examinées par les associations des consommateurs, qu'elles n'impliquaient pas de graves déséquilibres des négociations et que les clauses de dépôt, concernant une opération simple et facilement compréhensible, auraient pu permettre au consommateur de procéder à un autre choix.

### **Les affaires du Totocalcio et Totogol (concours doté de prix)**

L'Adiconsum avait demandé la cessation de certaines clauses contenues dans les règlements des concours *Totocalcio* et *Totogol* car elles visaient, d'une part, à exclure la responsabilité du *Coni* (organisateur des concours) en cas de négligence ou de non-exécution et, d'autre part, elles imposaient à la contrepartie la compétence exclusive du tribunal de Rome pour tout litige relatif à la participation au concours. Le tribunal de Rome <sup>(23)</sup> a admis la légitimation passive du *Coni*, même si les règlements avaient été élaborés par le ministère des finances, et a qualifié le *Coni* comme professionnel, même si le comité a une nature de droit public, et le joueur comme consommateur puisqu'il n'existe pas de limitations dans la réglementation à cet égard. Il a également estimé que l'action en cessation pouvait être proposée à titre de contrôle préventif *medio tempore*. En outre, il a considéré comme abusives à première vue les clauses du règlement qui fixent des délais très courts pour d'éventuelles réclamations et pour venir chercher le prix, les clauses qui excluent la responsabilité de la garde des talons des billets gagnants.

Un arrêt intervenu quelques jours plus tard <sup>(24)</sup> a, quant à lui, exclu les motifs d'urgence et donc rejeté une autre demande d'action en cessation pour des motifs analogues, dans la mesure où toutes les clauses dénoncées ne mettaient pas «en danger les biens de la vie ou des droits de nature primaire des consommateurs participant aux concours».

### **Les affaires Aeroviaggi**

Deux arrêts du tribunal de Palerme <sup>(25)</sup> ont admis l'interdiction d'utilisation de clauses relatives à des contrats de voyages touristiques «à forfait» demandée par l'association Adiconsum. L'un concernait un contrat déjà conclu et partiellement exécuté, l'autre des conditions en vigueur, mais pas encore souscrites. Il s'agissait des clauses relatives à la perte de la somme versée à titre d'acompte par le voyageur, en cas de résiliation, sans que soient prévues des mesures réciproques et des clauses relatives à la dérogation concernant la compétence territoriale.

La contradiction jurisprudentielle a donné lieu à un vaste débat dans lequel se sont affrontés des spécialistes du droit des consommateurs et du droit de la procédure civile <sup>(26)</sup>.

<sup>(22)</sup> Tribunal de Rome, arrêt du 18 juin 1998, inédit.

<sup>(23)</sup> Tribunal de Rome, arrêt du 2 août 1997, *Guida al diritto*, 1997, n° 40, p. 54.

<sup>(24)</sup> Tribunal de Rome, arrêt du 22 août 1997, œuvre citée, p. 57.

<sup>(25)</sup> Respectivement tribunal de Palerme arrêt du 24 janvier 1997, *Corr. giur.*, 1998, p. 103, et tribunal de Palerme, arrêt du 5 mars 1997, œuvre citée, p. 105, avec annotations de Togliatto.

<sup>(26)</sup> Outre les monographies et les entrées encyclopédiques mentionnées à la note n° 8, sur cet aspect particulier voir Bin, M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 454; Cesàro, *Clausole vessatorie e azione inibitoria: prime pronunzie della giurisprudenza*, *Contr. impr. Europa*, 1997, p. 41 et suiv.; Tarzia, *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 644; Montesano, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1 et suiv.; Arnone, *Inibitoria collettiva e clausole vessatorie: prime disavventure applicative dell'art. 1469 sexies*

Si l'on voulait résoudre la question légitimement, au-delà d'une action collective, on pourrait saisir l'occasion pour rédiger une réglementation intégrale en cas de transposition de la directive générale sur l'action en cessation.

## 6. La loi générale sur les droits des consommateurs

Il faut également préciser que, avec l'entrée en vigueur de la loi sur les droits des consommateurs (n° 281 du 30 juillet 1998), plusieurs dispositions ont été introduites qui facilitent l'accès des consommateurs à la justice <sup>(27)</sup>. L'article 3, paragraphe 1, point a), donne qualité pour agir aux associations de consommateurs, lesquelles peuvent demander au juge compétent d'«interdire les actes et les comportements qui nuisent aux intérêts des consommateurs et des utilisateurs». En outre, conformément au paragraphe 2, les associations peuvent mettre en route, avant d'assigner le juge, les procédures de conciliation prévues dans les nouvelles fonctions des chambres de commerce. Le paragraphe 6 dispose que «s'il existe des motifs d'urgence valables, l'action en cessation se déroule conformément aux articles 669 *bis* et suivants du code de procédure civile», et il est précisé que les actions en cessation n'excluent pas le droit à des actions individuelles des consommateurs qui seraient lésés par les violations elles-mêmes (paragraphe 7). La loi a été suivie par un décret ministériel qui a préparé le règlement relatif à l'enregistrement des associations ayant reçu qualité pour agir.

La coordination de la législation générale avec la législation spécifique prévue par le code civil à propos des clauses abusives a entraîné quelques incertitudes quant à l'interprétation, car on se demande si la nouvelle législation générale a modifié la législation spéciale, qui lui est antérieure, ou si elle l'a laissée en vigueur. Le problème concerne essentiellement l'exigence de l'enregistrement, alors que le code civil ne prévoit aucune condition pour les associations autorisées à entreprendre une action en cessation.

## 7. L'application des articles 1469 *bis* et 1469 *sexies* du code civil par les professionnels et leurs associations

On l'a déjà dit, les professionnels ont accueilli la nouvelle législation à contrecœur, comme s'il s'agissait d'une nouvelle limitation d'autorité imposée à leur liberté contractuelle, et ils n'ont pas jugé qu'il convenait d'offrir au public des consommateurs des produits modifiés, de qualité supérieure et donc concurrentiels. Plusieurs associations catégorielles, comme l'ABI pour les contrats bancaires et l'ANIA pour les contrats d'assurance, n'ont signalé que quelques-unes des clauses qui lèsent de façon tout à fait manifeste les intérêts des consommateurs. Mais la liste des clauses abusives utilisées est très longue. De ce point de vue, l'avis du Comité économique et social de la Communauté est louable, qui a signalé pour tous les pays de l'Union plus de quarante clauses abusives portant encore actuellement atteinte aux intérêts des consommateurs <sup>(28)</sup>.

Il reste donc beaucoup à faire pour adapter les contrats en vigueur à la directive.

---

*du code civil, Foro it.*, 1997, tome I, p. 290; Consolo, *Tutela urgente, clausole abusive e pregiudizi rilevanti seppure non irreparabili*, *Corr. giur.*, 1997, p. 212; Libertini, *La tutela d'urgenza contro l'uso di clausole vessatorie*, *Contr. impr. Europa*, 1997, p. 25, et *L'azione inibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie (articles 1469 bis et 1469 sexies du code civil)*, *Dir. priv.*, 1996, p. 222; Plaia, *Clausole abusive e tutela inibitoria: «i giusti motivi d'urgenza»*, *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 575 et suiv.; De Negri, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, *Dir. comm. int.*, 1998, p. 173 et suiv.; Sacchettini, *Guida al dir.*, 1998, p. 63. Sur la proposition de directive générale sur l'action en cessation voir Alpa, *La proposta di direttiva comunitaria sull'azione inibitoria promossa dalle associazioni dei consumatori*, *Giur. it.*, 1996, tome IV, p. 153; Capponi, B., *La proposta di direttiva sulle azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, *Docum. Giustizia*, 1996, p. 571.

<sup>(27)</sup> Alpa, *Il diritto dei consumatori*, œuvre citée, p. 60 et suiv.; De Nova, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, *Contratti*, 1998, p. 545; Briganti, *Clausole abusive e diritti dei consumatori nell'ordinamento italiano (datt.)*.

<sup>(28)</sup> Il s'agit de l'avis sur le thème: «Les consommateurs dans le marché des assurances — Observatoire du marché intérieur», Bruxelles, 28-29 janvier 1998, CES 116/98, Journal officiel du 30.3.1998, et Alpa, *Codice del consumo e del risparmio*, œuvre citée, p. 537 et suiv., avec commentaire de Cavanna, I.

## 8. Les autorités administratives indépendantes et l'application de la directive

Dans notre ordre juridique, les autorités de surveillance comme la Banque d'Italie pour les entreprises bancaires, la Consob pour les entreprises d'investissement mobilier, l'Isvap pour les contrats d'assurance, les nouvelles autorités sur les services publics essentiels et sur les télécommunications, l'autorité de surveillance pour la concurrence et l'intégrité des marchés, ont conservé des pouvoirs — diversifiés entre eux en ce qui concerne les techniques de contrôle et d'incidence — sur les professionnels des différents secteurs concernant la rédaction et l'utilisation de contrats conclus avec les consommateurs. Au cours de plusieurs séminaires <sup>(29)</sup>, on s'est efforcé de sensibiliser les autorités afin d'encourager leur intervention qui, à côté de celle de la magistrature, pourrait atteindre ce résultat préventif souhaité par la doctrine, les associations et tous ceux qui ont à cœur les intérêts des consommateurs. Pour l'instant, les résultats sont très décevants. On se demande si la Commission peut, par l'intermédiaire des différentes possibilités de contact avec les gouvernements, rappeler l'attention sur l'utilité de promouvoir le contrôle, dans le domaine administratif (ou parajudiciaire) à travers ces canaux également.

## 9. Le rôle des chambres de commerce

La loi n° 580 du 29 décembre 1993 a prévu le «réaménagement des chambres de commerce, d'industrie, d'artisanat et d'agriculture». En arrêtant la nouvelle réglementation des chambres de commerce, en leur attribuant de nouvelles fonctions et de nouvelles compétences, le législateur a incontestablement agi dans le cadre de la directive 93/13/CEE en ce qui concerne le problème de la protection du consommateur vis-à-vis des clauses abusives.

Les dispositions de l'article 2, paragraphe 4, et, en particulier, en matière de contrôle des clauses injustes, le point c) du même alinéa, sont significatives.

Parmi les compétences ou les fonctions attribuées (la disposition est intitulée «Attributions»), celles du quatrième alinéa, points a), b) et c) concernent justement la matière qui fait l'objet de la directive communautaire, tant la protection des «consommateurs et des utilisateurs» en général que les clauses injustes ou abusives en particulier.

Les chambres de commerce peuvent:

- promouvoir la constitution de commissions d'arbitrage ou de conciliation pour les litiges entre entreprises et entre entreprises et consommateurs/utilisateurs [point a)];
- «préparer et promouvoir des contrats types entre les entreprises, leurs associations et les associations de protection des intérêts des consommateurs et des utilisateurs» [point b)];
- «promouvoir des formes de contrôle de la présence de clauses injustes figurant dans les contrats» [point c)];
- se constituer partie civile dans les jugements relatifs aux délits contre l'économie publique, l'industrie et le commerce et promouvoir des actions en vue de réprimer la concurrence déloyale (cinquième alinéa).

La fonction générale de contrôle est particulièrement significative. La mise en œuvre de ces compétences, y compris la faculté de promouvoir la constitution de commissions d'arbitrage et de conciliation pour résoudre les litiges, non seulement entre des entreprises, mais — pour la matière qui nous intéresse — entre des entreprises et des «consommateurs et utilisateurs» [point a) du quatrième alinéa], permet aux chambres de commerce de promouvoir la protection du «consommateur».

Les attributions montrent donc qu'avec la loi n° 580/93 concernant le réaménagement des chambres de commerce, le législateur a non seulement gardé à l'esprit la directive communau-

<sup>(29)</sup> Les comptes rendus sont rassemblés dans *Investimento finanziario e contratti dei consumatori. Il controllo delle clausole abusive*, Alpa, Milan, 1996.

taire, mais a édicté des dispositions applicables concrètement et effectivement, comportant des facultés plus vastes encore que celles de la directive elle-même. En effet, un contrôle plus large que celui de la directive a été conçu. Même si cela concerne un plan administratif (destiné à sensibiliser plus qu'à réprimer), il semble ne faire aucun doute que la réglementation en question constitue également une mise en œuvre vaste et concrète de la disposition de la directive (article 4) en matière de prévention.

La loi sur les chambres de commerce s'occupe, avec les attributions prévues (article 2) de préparer et de promouvoir des contrats types (fonctions de contrôle préventif) et d'éviter l'apparition de litiges.

Il faut toutefois tenir compte du fait que le système défini de «contrôles» (tant préventifs qu'à posteriori) selon la loi n° 580/93 constitue une faculté attribuée aux chambres de commerce, lesquelles «peuvent entre autres» (article 2.4), «promouvoir», mais du fait même de l'expression utilisée par le législateur, n'ont pas d'obligation contraignante.

Utilisant leurs nouvelles compétences, avant même la transposition de la directive, les chambres de commerce ont entamé une activité de contrôle des clauses abusives. Les résultats les plus appréciables ont été obtenus par la chambre de commerce de Milan, pour son sens de l'opportunité, son efficacité et sa prévoyance, et par l'Unioncamere, pour son activité de coordination et d'encouragement des organismes locaux qui n'ont pas encore accordé l'attention due à ce secteur d'activité<sup>(30)</sup>. L'Unioncamere a également préparé un règlement type de conciliation et d'arbitrage auquel les différentes chambres de commerce peuvent se conformer pour exercer leur activité.

## 10. Suggestions pour l'avenir

Le bref commentaire de la directive et de la législation italienne de transposition a mis en évidence les problèmes d'interprétation auxquels cette législation complexe peut donner lieu. Après règlement du contentieux avec la Commission par le gouvernement italien, il est souhaitable que le texte de la directive soit perfectionné, là où il apparaît encore équivoque. Certes, la comparaison avec les autres expériences des États membres peut donner des indications utiles également aux fins de l'interprétation des textes de transposition, mais il est vrai également que, pour les pays comme le nôtre, à forte vocation scientifique, mais à vocation pratique plus modeste, l'intervention de la Communauté semble le moyen le plus rapide, efficace et indiscutable auquel se fier.

De ce point de vue, on peut signaler au Parlement et à la Commission qu'il faut poursuivre l'orientation législative — adoptée depuis peu — qui permet de coordonner les directives les unes aux autres. Dans un ordre juridique tel que l'ordre communautaire, qui procède par interventions sectorielles, il est difficile de résoudre les problèmes de conflits d'interprétation entre directives par des procédures herméneutiques établies dans les expériences individuelles. La succession des directives dans le temps ne résout pas en soi le problème, pas plus que le rapport entre les directives à caractère général et les directives à caractère particulier. Certes, la coordination pourrait se faire dans le cadre de l'ordre juridique interne, au moment de la transposition. Cependant, de nombreux législateurs (parmi lesquels on peut à juste titre compter le législateur italien) n'en ont cure.

La solution pourrait venir de l'initiative déjà proposée par certains collègues étrangers, consistant à rédiger, au niveau communautaire, un texte coordonné reprenant toutes les directives qui concernent la protection du consommateur<sup>(31)</sup>. En ce sens, le processus de rédaction d'un texte unique donnerait des résultats beaucoup plus décisifs que ne pourrait le faire une simple coordination, non seulement parce qu'on éliminerait les anomalies normatives, mais surtout parce

<sup>(30)</sup> L'activité de la chambre de commerce de Milan est rapportée tous les deux mois par la revue *Impresa e Stato*; celle de l'Unioncamere par les bulletins institutionnels.

<sup>(31)</sup> Voir les rapports rassemblés par Osman, *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, 1998.

qu'on réaliserait un ensemble de dispositions visant toutes le même objectif. Pour l'expérience italienne, on parviendrait ainsi à inclure dans le texte unique certaines dispositions, qui se trouvent aujourd'hui dans des textes destinés à régler d'autres rapports et à protéger d'autres intérêts, et à les faire cohabiter avec les autres dispositions de protection du consommateur, tout en récupérant pour elles leur terrain pour ainsi dire «naturel» d'enracinement. En ce qui nous concerne, c'est le cas de la réglementation du crédit à la consommation, incluse dans le texte unique bancaire.

Enfin — mais les suggestions pourraient être beaucoup plus nombreuses — il faut attirer l'attention de la Communauté sur la nécessité d'achever rapidement la réglementation des secteurs tels que les garanties dans les ventes, la responsabilité pour les services, les ventes télématiques, qui attendent encore son intervention.

De toute manière, il n'est pas inutile de souligner que le secteur des services, et surtout celui de l'épargne (ou, comme on dit, des «services financiers») sont encore les moins protégés.

## 4. L'expérience au Portugal

*António Pinto Monteiro, professeur à la faculté de droit de Coimbra*

### 1. Bilan de la situation: cadre législatif

Le Portugal dispose, depuis le 25 octobre 1985, d'une loi régissant le droit des conditions générales du contrat: le *décret-loi n° 446/85*.

La loi portugaise s'inspire étroitement du modèle allemand, la «loi AGB» (*AGB-Gesetz*) du 9 décembre 1976.

Entre-temps, la loi portugaise a été modifiée par le *décret-loi n° 220/95*, du 31 août 1995, en application de la *directive 93/13/CEE* du Conseil du 5 avril 1993. De ce fait, le droit des conditions générales du contrat est constitué actuellement du décret-loi n° 446/85, modifié par le décret-loi n° 220/95, lequel visait à transposer dans son intégralité la directive 93/13/CEE en droit portugais.

### 2. Descriptif succinct de la loi portugaise

L'instauration, en 1985, d'une loi sur les «conditions générales du contrat» (que le législateur portugais a préféré désigner par «*clauses générales du contrat*»), s'inspire principalement des appels lancés par la *doctrine* portugaise. La jurisprudence, à l'époque, était très insuffisante, voire pratiquement inexistante.

C'est pourquoi, le législateur n'a pas pu recourir à la contribution des tribunaux et a préféré s'appuyer sur l'expérience législative des autres régimes juridiques et a choisi le modèle allemand auquel il a ajouté certaines particularités intéressantes.

#### 2.1. Champ d'application

En résumé, en ce qui concerne son *champ d'application*, la loi portugaise ne se limite pas aux relations de consommation. Aussi ne constitue-t-elle pas exclusivement une loi de protection des consommateurs. Son champ d'application *subjectif* s'étend également aux chefs d'entreprise et aux entités assimilées (par exemple les professions libérales).

La loi vise à instituer la règle de droit de ce nouveau *cadre contractuel*. Elle comble essentiellement les *lacunes* présentes dans les contrats classiques, traditionnels et met en relief l'*absence de négociations* et l'*offre de masse* d'un modèle «*préfabriqué*». Elle instaure, de ce fait, un régime spécifique, pertinent, qui prend en considération les particularités de ce *nouveau cadre contractuel*, ce *nouveau mode de formation du contrat*, que le contractant soit un simple consommateur ou un chef d'entreprise.

Or le législateur sait que le problème revêt une importance particulière lorsque le contractant est un simple *consommateur*. En conséquence, les *restrictions* à la liberté contractuelle sont plus

nombreuses, dans la mesure où le nombre de clauses interdites est *plus élevé* dans les relations avec les consommateurs (articles 15 à 22) que dans les relations entre chefs d'entreprise ou professionnels (articles 15 à 19).

Quant au champ d'application *objectif*, la loi vise le contrôle des conditions générales du contrat (article 1). À savoir, elle ne contrôle pas n'importe quelle «clause abusive», même figurant dans un contrat négocié, *mais uniquement les «clauses générales du contrat»*; par ailleurs, elle ne vérifie pas n'importe quel contrat d'adhésion, *mais uniquement le contrat d'adhésion conclu à travers les clauses générales du contrat*, à savoir, par le biais de clauses *préétablies* qui examinent les conditions des principes de *généralité et d'indétermination* (voir, néanmoins, le point 5 du présent document).

## 2.2. Moyens de contrôle

Dans ce contexte, voyons à présent quels sont les *problèmes* soulevés par les contrats d'adhésion ainsi que les moyens mis en œuvre permettant d'y apporter une *solution*.

Ces problèmes se répartissent essentiellement en trois catégories: sur le plan de la *formation* du contrat d'adhésion, il y a de fortes chances que le contractant *méconnaisse* les clauses qui figureront dans le contrat, dans la mesure où il ne lui a pas été raisonnablement possible d'en prendre connaissance; sur le plan du *contenu*, les contrats d'adhésion favorisent l'insertion des *clauses abusives*, qui ne résultent pas d'éventuelles négociations, car elles sont élaborées avant et indépendamment de toute négociation; sur le plan de la *procédure*, les contrats d'adhésion mettent en lumière l'*inadéquation* et l'*insuffisance* du contrôle normal judiciaire qui agit a posteriori, dépend de l'*initiative* de la procédure de la partie lésée et dont les effets sont limités au cas *concret*.

Parallèlement, un contrôle efficace devra être axé sur trois orientations: l'établissement de mesures visant à obtenir, dans chaque contrat conclu, un *accord effectif et réel* sur l'ensemble des aspects de la réglementation contractuelle; l'*interdiction des clauses abusives*; et l'attribution de la *légitimité active de la procédure* à certaines institutions (comme les associations de protection des consommateurs) pour déboucher sur un *contrôle préventif* (qui en plus d'enrayer l'*inertie* habituelle du contractant, s'inscrit davantage dans le cadre des principes de généralité et d'indétermination qui caractérisent ce processus de négociation), à savoir, un contrôle sur les «conditions générales» avant et indépendamment de la conclusion antérieure d'un quelconque contrat.

Les deux premiers types de problèmes résultent principalement de la *préformulation* des clauses et de l'*absence de négociations* — en conséquence, il me semble que les solutions apportées ne doivent pas se limiter strictement aux contrats conclus par le biais de conditions générales du contrat. Déjà, le dernier type de problèmes et de solutions — le contrôle préventif —, n'a de sens que si les clauses préformulées sont générales.

Voyons ensuite, très rapidement, les solutions à apporter à ces problèmes, en faisant intervenir, à ce titre, la loi portugaise.

En application de cette loi, le *contrôle* s'exerce sur trois plans, conformément aux trois types de problèmes précités.

Ainsi, en ce qui concerne la *formation* du contrat, des obligations spéciales de *communication* et d'*information* incombent à la personne qui utilise les clauses générales du contrat (articles 5 et 6), sous peine de considérer comme *exclus* du contrat individuel, les clauses qui n'ont pas respecté ces obligations (article 8). La solution est identique pour les clauses qui suscitent des *réactions de surprise* et pour celles qui n'apparaissent qu'à la *suite de la signature* du contrat.

En ce qui concerne les *clauses abusives*, de longues «listes noires» *les interdisent*, dans certains cas en *termes absolus* (articles 18 et 21), dans d'autres, *en termes relatifs* (articles 19 et 22), et le principe de la *confiance légitime* doit encore être examiné (articles 15 et 16) et passé au crible afin d'exclure les clauses ne figurant pas sur ces «listes noires». Les clauses interdites sont *nulles* (article 12) et le contractant peut choisir le maintien du contrat (article 13). Comme je l'ai



déjà expliqué, l'inventaire de clauses interdites *est plus important* dans les relations avec les consommateurs que dans les relations avec les chefs d'entreprise ou les entités assimilées.

Enfin, *sur le plan de la procédure*, la loi prévoit une mesure de grande envergure et très efficace, appelée *action en cessation* (article 25), à caractère préventif, qui peut être mise en œuvre notamment par le ministère public et par des associations de protection des consommateurs (article 26). Il s'agit d'un moyen de *contrôle* que le législateur a confié aux tribunaux, bien que la question se pose toujours de savoir si en raison de leur lenteur d'action et de leur manque de préparation technique, il ne serait pas plus judicieux de confier cette tâche aux organes administratifs.

### 3. Jurisprudence

Ainsi que je l'ai déjà indiqué, la jurisprudence portugaise était quasi inexistante à la date de la publication de la loi en 1985. Même après, peu de décisions émanaient des tribunaux lors des premières années de l'entrée en vigueur de la loi. Il reste que, ces derniers temps, la loi est appliquée assez fréquemment.

La loi s'applique essentiellement aux contrats d'assurance, bancaires et de crédit-bail, bien que des décisions soient également prises en matière de contrats de ventes, de marchés de fournitures, de «partage de temps», de travail, de transport, de prestation de service, de «franchisage» et de bail, etc.

Parmi les personnes et les entités à invoquer l'application de la loi, les consommateurs sont les premiers, suivis des chefs d'entreprise, du ministère public et de la DECO (la plus ancienne association de protection des consommateurs).

Enfin, dans ce résumé très bref sur la «jurisprudence», la grande majorité des normes mises en œuvre concernent le contrôle du contenu, puis, loin derrière, l'action en cessation et le contrôle sur la formation de l'accord, et, enfin, les normes sur le champ d'application de la loi et sur l'interprétation des conditions générales du contrat.

Il ressort de tout cela que la jurisprudence portugaise a déjà *découvert* (!) la loi régissant les conditions générales du contrat et que celle-ci est devenue, de ce fait, une *jurisprudence* efficace.

### 4. La directive 93/13/CEE

Le 5 avril 1993, au terme d'une procédure caractérisée par une suite de contretemps par rapport à la proposition initiale de la Commission, le Conseil a finalement adopté la directive 93/13/CEE.

Malgré son champ d'application limité et la portée restreinte des mesures arrêtées, la directive est importante. Premièrement, par la *protection* accordée contre certaines *clauses abusives*. Deuxièmement, par ses implications sur la *théorie générale du contrat*. Troisièmement, par la reconnaissance et le renforcement du statut du *consommateur* comme sujet ne bénéficiant pas d'une protection adéquate. Enfin, parce qu'elle constitue un pas supplémentaire vers l'harmonisation du dénommé «*droit européen des contrats*».

Ces raisons correspondent, de manière générale, aux *mérites* de la directive. Je pense toutefois que celle-ci présente encore certaines lacunes. La directive constitue un progrès, qui s'avère un peu timide et incomplet — voire quelquefois ambigu. Je me limiterai donc à signaler brièvement certains aspects positifs et négatifs de la directive et la comparerai à la loi portugaise sur les contrats «standard».

La directive vise à régir les *clauses abusives* dans les contrats conclus avec les consommateurs, ce qui représente d'entrée de jeu une source d'*ambiguïté*. En effet, la directive n'est pas applicable à l'ensemble des clauses abusives, mais uniquement aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une «*négociation individuelle*» (article 3, paragraphe 1).

La proposition initiale couvrait toutes les clauses abusives. Cette position a été très critiquée, notamment par la doctrine allemande. Le Conseil a fini par restreindre la directive aux contrats

d'adhésion. Je partage la position finale du Conseil et je pense qu'il faut souligner, à ce titre, que la directive ne porte pas sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, mais plutôt sur les clauses abusives dans les *contrats d'adhésion* conclus avec les consommateurs.

Ce qui me conduit à soulever une deuxième objection. La directive limite son champ d'application aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur (article 1, paragraphe 1). Elle s'inspire manifestement de la loi française (loi n° 78-23 du 10 janvier 1978). Le Conseil aurait souhaité *concilier* les deux modèles allemand et français. D'où l'ambiguïté, voire la contradiction de la directive: d'une part, il ne s'agit pas d'une directive sur les clauses abusives (car ces clauses figurent également dans les contrats négociés), mais, principalement sur les contrats d'adhésion; d'autre part, elle ne constitue guère plus une directive sur les contrats d'adhésion, car ceux-ci ne sont pas exclusivement réservés aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur! La question se pose alors de savoir quel est l'objectif essentiel de la directive. Empêcher les clauses abusives? Contrôler les contrats d'adhésion? À mon avis, rien de cela: la directive vise, selon toute vraisemblance, à *protéger le consommateur* contre des clauses abusives, mais uniquement dans les *contrats d'adhésion*.

Je partage le point de vue selon lequel le consommateur a besoin d'une protection spécifique dans ces contrats. Or les problèmes soulevés par les contrats d'adhésion ne sont pas *liés* à la protection du consommateur, et les clauses abusives ne sont pas *réservées* aux contrats conclus avec les consommateurs. À mon avis, la directive aurait dû aller *plus loin* et couvrir également les relations contractuelles entre les entreprises ou les entités assimilées, bien que, dans le cas présent, il faille les distinguer des relations avec les consommateurs et établir pour ces derniers un contrôle resserré. Ce fut chose faite avec l'entrée en vigueur de la loi portugaise. Par ailleurs, la directive aurait gagné en clarté et en efficacité si son objectif avait été de *contrôler les contrats d'adhésion* (ou, du moins, les contrats conclus sur la base de «conditions générales»). La protection du consommateur aurait ainsi été garantie en allant beaucoup plus loin.

Cela ne serait d'ailleurs pas la première fois qu'une directive, bien que portant sur le thème emblématique de la protection du consommateur, *étend* néanmoins son champ d'application à *d'autres destinataires*. Il est vrai, en accord avec Mário Tenreiro, qu'une loi ou un code de la consommation sera toujours une loi ou un code «*autour du consommateur*».

L'article 3 de la directive soulève un autre problème: le paragraphe 1 limite l'application de la directive aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une «négociation individuelle» et le paragraphe 2 précise que c'est le cas lorsque la clause «a été rédigée *préalablement* et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un *contrat d'adhésion*». La terminologie, dans ce domaine, est assez variée: «*standard contract*», «contrat d'adhésion», «*allgemeine Geschäftsbedingungen*», etc. Au Portugal, comme ailleurs, la doctrine utilise indifféremment les expressions «contrats d'adhésion», «conditions générales du contrat», «clauses générales du contrat».

Or la loi portugaise de 1985, influencée par l'«AGB-Gesetz», a utilisé l'expression («*cláusulas contratuais gerais*» = «*allgemeine Geschäftsbedingungen*» = «conditions générales du contrat»). La question n'est pas simplement d'ordre linguistique. Il est vrai que la formule contrats d'adhésion est *plus large*, dans la mesure où l'intitulé du contrat a pu être formulé à l'avance par l'une des parties contractantes, en l'absence de négociations et empêcher ainsi l'autre partie d'influencer le contenu du contrat. L'objectif n'est pas à l'uniformisation [clauses prédéfinies pour un nombre «indéterminé» ou pour un nombre «multiple» (*Vielzahl*) de contrats] qui sous-tend l'expression conditions *générales*, utilisée notamment par les lois portugaise et allemande.

Or il ressort de l'article 3 de la directive que celle-ci sera applicable même si la clause n'a pas été rédigée en vue d'une utilisation généralisée (cette dernière disposition n'est prévue que pour le contrôle visé à l'article 7, paragraphe 2). Ce qui soulève (soulevait) la question de savoir si la loi portugaise (à l'image de la loi «AGB-Gesetz») devrait être modifiée sur ce point. Nous verrons ci-après ce qu'a fait le législateur en 1995.

Les lacunes de la directive ne portent pas seulement sur son champ d'application qui se *limite* aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Quant aux *moyens de contrôle* définis, la directive n'a pas répondu aux attentes.

Comme je l'ai déjà indiqué, les contrats d'adhésion soulèvent pour l'essentiel trois types de problèmes, qui seront réglés sur la base de trois moyens de contrôle: l'insertion des conditions générales dans le contrat, le contenu des clauses et la procédure. Or, s'il est vrai que la directive a énormément progressé, elle ne se situe pourtant qu'à mi-chemin.

En réalité, la directive ne fixe aucune règle sur la formation de l'accord, à savoir des règles visant à réduire le risque de conclure un contrat *sans avoir pris connaissance* des différentes clauses dudit contrat. Elle se limite à établir, à l'article 5, timidement, voire presque *en passant*, l'obligation de rédiger les clauses «de façon claire et compréhensible» ainsi que le principe de l'«interprétation la plus favorable au consommateur» (*in dubio pro consumatore; in dubio contra stipulatorem*).

La directive aurait dû prévoir, par exemple, à l'instar de la loi portugaise (articles 4 à 9 et 10 à 11, analogues aux paragraphes 2 à 7 de la loi allemande), les *obligations de communication*, préalablement et dans leur intégralité, des conditions générales du contrat; les *obligations d'information et de clarification*; ainsi que des règles contre les *clauses «surprenantes»* et contre les clauses insérées dans des formulaires *après signature* de l'un des contractants. Le non-respect de ces règles et de ces obligations se traduit par l'*exclusion* des clauses — en d'autres termes, ces clauses *ne font pas partie du contrat, elle n'ont pas fait l'objet d'un accord*.

Il s'agit d'un premier moyen de contrôle, bien que peu efficace, qui vise à favoriser la *connaissance préalable* des clauses préformulées et à apporter des *précisions* à la personne qui se limite à y adhérer. Dans le même temps, l'établissement de ces obligations aura un effet *dissuasif* sur l'entreprise qui a recours aux clauses standard. La directive n'a pas répondu aux attentes — les règles visées à l'article 5 *sont insuffisantes*.

Cependant, le contrôle le plus efficace, comme je l'ai déjà indiqué, est celui qui s'exerce directement sur le *contenu* du contrat. À cet effet, la loi doit *interdire* les *clauses abusives*. La directive s'y emploie aux articles 3, 4 et 6 ainsi qu'à l'annexe, dans la liste des clauses qu'elle *présume* abusives.

Il va sans dire que la directive a marqué une étape importante. Pourtant, je pense que la directive aurait dû aller plus loin. Le dispositif de contrôle de la loi portugaise est plus strict et plus complet.

Enfin, en ce qui concerne les dispositions à prendre sur le plan de la procédure, la directive prévoit effectivement à l'article 7 l'adoption par les États membres de mesures de même nature. Ces mesures ne seront applicables que si les clauses sont «rédigées en vue d'une utilisation généralisée», à savoir, s'il s'agit de clauses «standard», de «conditions générales du contrat» («AGB»; «conditions générales du contrat»).

Des mesures de cette nature, comme je l'ai dit plus haut, visent à *combler* les lacunes de l'application de la loi, dans la plupart des cas, à confier l'*initiative* de la procédure à la partie lésée, qui souvent évitera d'intenter une action en justice contre une entreprise. Ensuite, ces mesures permettraient d'étendre la portée de la décision du tribunal et de ne pas la limiter à l'*affaire jugée*. Enfin, un tel contrôle constitue un moyen adéquat de vérifier les clauses qui sont rédigées, non pour un seul contrat, mais pour un nombre *multiple* ou *indéfini* de contrats.

Il s'agit donc d'une mesure très importante de la directive — établie par la loi portugaise en 1985, au moyen de ladite «action en cessation» précitée.

## 5. La transposition de la directive

Le 31 août 1995, le décret-loi n° 220/95 a été publié. Ainsi, dix ans plus tard, le décret-loi n° 446/85 (qui a intégré dans le droit portugais le régime de contrôle judiciaire des conditions générales du contrat) a fait l'objet d'une modification, en raison de la transposition de la directive 93/13/CEE. Le législateur a néanmoins saisi cette occasion pour modifier d'autres normes,

non en vertu de la directive, mais parce que les dix années d'application de la loi lui ont apporté quelques enseignements.

À mon avis, le plus grand problème soulevé par la directive réside dans le fait que, aux termes de l'article 3, elle serait applicable chaque fois qu'une clause n'a pas fait l'objet d'une «*négociation individuelle*», ce qui arrive normalement lorsqu'elle a été «*rédigée préalablement*». D'où la question de savoir si la loi portugaise de 1985, sur les «*conditions générales du contrat*», devrait être modifiée sur ce point, afin de couvrir *tous les contrats d'adhésion*, bien que les principes de généralité et d'indétermination fassent défaut aux clauses préformulées, c'est-à-dire, bien que les clauses aient été élaborées pour un contrat précis et non pour une série ou plusieurs contrats d'un certain type.

Il ressort de l'analyse conjointe des paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de la directive que celle-ci vise à couvrir les clauses rédigées préalablement et auxquelles le consommateur se limite à adhérer, sans que ces clauses prennent obligatoirement en considération les principes de généralité et de l'abstraction ou sans qu'elles aient été rédigées préalablement en vue d'uniformiser une série illimitée ou multiple de contrats. En résumé, dans le dispositif prévu par la directive, c'est l'absence de «*négociation individuelle*» qui définit son champ d'application.

Peut-être ne fallait-il pas modifier la loi portugaise pour cette seule raison. Car d'aucuns soutiendront que la seule *action en cessation*, par sa nature et ses objectifs, présuppose nécessairement l'existence de conditions générales du contrat. Et sur ce point, la conformité avec la directive serait garantie, car elle part également du principe que de telles mesures ne seront applicables qu'aux clauses contractuelles «*rédigées en vue d'une utilisation généralisée*» (article 7, paragraphe 2). Les autres moyens de contrôle de la loi portugaise (sur le consentement et sur le contenu des clauses), par leur *raison d'être*, pourraient s'appliquer ou s'étendre à des contrats d'adhésion dans lesquels les clauses de l'entreprise auraient été *préformulées* — y compris dans le cadre d'un seul *contrat déterminé* — et donc en l'absence de «*négociation individuelle*». Il m'a cependant toujours paru d'un grand intérêt de modifier l'article 1<sup>er</sup> ou d'ajouter, en tout état de cause, une norme, élargissant dans son contenu la loi, afin de clarifier son application aux situations visées à l'article 3 de la directive.

Or, entre-temps, un nouveau texte a vu le jour — qui n'a guère apporté d'éclaircissements sur le point même qui suscitait le plus de questions dans la directive. À mon avis, soit le législateur n'est pas intervenu, car il n'y avait pas lieu de «toucher» au décret-loi n° 446/85; soit s'il était intervenu, également pour d'autres raisons, il aurait dû régler ce problème de façon appropriée, ce qu'il n'a vraisemblablement pas fait!

Dans sa première version, le législateur portugais parlait, à l'article 1<sup>er</sup>, de clauses contractuelles générales élaborées «*par avance*»; cette expression a désormais été remplacée par conditions générales du contrat élaborées «*sans négociation individuelle préalable*». La modification est correcte, plus explicite et correspond à la directive. La question reste de savoir si cette modification est suffisante pour appliquer la loi ou si, au contraire, il faut encore s'assurer que les clauses contractuelles tiennent compte des principes de *généralité* et d'*indétermination*. Je pense que la réponse à cette question demeure celle que je préconisais — l'application de la loi en présence ou non de ces principes, situation qui pourra être renforcée avec le principe de l'*interprétation conformément à la directive*, au moins dans le domaine des relations avec les consommateurs —, mais il est certain que le législateur, par son intervention, aurait dû régler de façon claire et sans équivoque ce problème. Il aurait peut-être été suffisant de prévoir à cet effet une simple norme ordonnant l'application de la loi à toutes les clauses rédigées préalablement (à l'exception des dispositions sur l'action en cessation), sans négociation, selon les termes indiqués ci-dessus, au moins, dans les relations avec les consommateurs finals. Le législateur allemand s'y est employé le 19 juillet 1996, en modifiant la loi «AGB-Gesetz» et en introduisant le paragraphe 24 *bis* pour les contrats conclus avec les consommateurs «*Verbraucherverträge*».

En ce qui concerne les modifications apportées *en application de la directive*, elles n'étaient ni nombreuses, ni d'une grande portée — ce qui est compréhensible, dans la mesure où la loi portugaise prévoyait déjà la plupart des objectifs et des mesures définis par la directive. L'adoption de cette loi a été saluée, car elle conserve la rigueur technique, les limites et l'articulation systématique indispensables à un texte de cette nature. Il y a eu, quoi qu'il en soit, certaines modifications, retouches et adjonctions: dans certains cas, importées de la directive, dans d'autres, s'inscrivant dans le cadre de l'amélioration souhaitée de la loi.

Cependant, le décret-loi du 31 août 1995 a pris deux nouvelles mesures qui méritent d'être soulignées et saluées, parallèlement à d'autres qui suscitent quelques commentaires. Je ne parlerai que de ces deux mesures, en raison de leur signification et parce qu'elles renvoient d'ailleurs aux appels que j'ai lancés précédemment.

Dans sa version de 1985, la loi *excluait de son champ d'application* les «clauses imposées ou expressément approuvées par des *entités publiques compétentes pour limiter l'autonomie privée*» [article 3, paragraphe 1, point c)]. Cette disposition était interprétée de façon trop large, de sorte que la loi a cessé de s'appliquer à certains cas pour lesquels l'application se justifiait le plus: par exemple, aux contrats d'assurance, aux contrats de fourniture d'eau, de gaz, de téléphone, aux contrats bancaires, etc., car, dans ces secteurs, les entités publiques disposaient de pouvoirs de contrôle sur les entreprises qui concluaient ces contrats. Bien qu'à mon avis, cette formule juridique facilite les interprétations susceptibles de *corriger* son champ d'application trop large, en réalité, la meilleure solution serait d'*abroger cette disposition*, en évitant ainsi une quelconque justification. C'est ce que le législateur vient précisément de faire et qu'il faut saluer.

Un autre problème, dont la solution a été reportée par la loi de 1985, était l'absence d'un service de *registre* des conditions générales du contrat interdites par décision judiciaire. La création de ce service vient d'être fixée par le décret-loi n° 220/95 (article 35), ainsi que l'obligation pour les tribunaux de remettre à ce service une copie des décisions transformées en jugement ayant interdit l'utilisation ou la recommandation des conditions générales du contrat ou déclaré la nullité des clauses insérées dans des contrats individuels. Il faut également saluer cette mesure, dans la mesure où la *publicité* du registre contribuera à offrir une *information plus complète* sur ces clauses et les décisions judiciaires qui les ont interdites ou déclarées nulles.

## 6. Perspectives

Voici, en conclusion, dans les grandes lignes, un descriptif des solutions prévues par la loi portugaise. Des solutions qui me semblent tout à fait positives et adaptées aux principaux problèmes soulevés par la conclusion de ce type de contrat.

Il faudra toutefois poursuivre la voie tracée par l'action en cessation, de *façon préventive et abstraite*, indépendamment de la position que peut prendre la partie contractante d'une relation d'affaires précise, «notamment» lorsque l'action vise essentiellement à *protéger efficacement le consommateur*.

Quant à la directive, je répète qu'elle a été et qu'elle est importante; elle doit néanmoins clarifier certaines ambiguïtés et améliorer le système de contrôle des contrats d'adhésion et des conditions générales du contrat préformulées.

Ainsi, notamment pour les raisons précitées, la directive doit *étendre le champ d'application* des mesures définies à *tout contractant*, même si elle protège plus largement le *consommateur*.

Pour ce qui est des *moyens de contrôle*, la directive doit développer et envisager de manière systématique le contrôle de l'*insertion* des clauses dans un contrat individuel et améliorer le contrôle du *contenu* des clauses.

Il serait également utile que des propositions intéressantes sur le type de modèle — *judiciaire* ou *administratif* — à prévoir ou à privilégier dans le cadre du *contrôle préventif*, soient présentées à l'issue de cette conférence.

Les propositions susceptibles de contribuer à régler le problème lié à l'absence d'effets de la décision judiciaire, du côté passif, *ultra partes*, qui limite l'efficacité du contrôle préventif, sont également les bienvenues.

Enfin, la clarification et l'amélioration de certains aspects plus confus et de la référence à l'exigence de *bonne foi*, à l'article 3, paragraphe 1, de la directive seraient des plus utiles.

Ce qui signifierait finalement «*en dépit de l'exigence de bonne foi*»? (expression énigmatique en droit portugais et en droit d'autres pays). Cette référence à la bonne foi est-elle subjective? Ou objective? Cependant, dans ce dernier cas, la clause peut-elle être abusive, entraîner «un déséquilibre significatif au détriment du consommateur», et, malgré cela, être conforme à la bonne foi?

Des questions auxquelles il faudrait apporter des réponses, compte tenu qu'il s'agit, qui plus est, d'un aspect fondamental de la directive et du contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion.

## 5. L'expérience en Belgique

*Thierry Bourgoignie, professeur CDC, UCL, Louvain-la-Neuve*

### **La transposition de la directive 93/13/CEE dans le droit belge: un processus (très) évolutif et (trop) confidentiel <sup>(1)</sup>**

1. La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives en Belgique s'est faite de manière très progressive. L'acte communautaire a, dès sa préparation, eu un impact majeur sur l'adoption, le 14 juillet 1991, d'une législation en matière de clauses abusives en Belgique. Cependant, deux législations complémentaires seront nécessaires pour parfaire la transposition en droit belge des dispositions tirées du droit européen: la loi du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales et la loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

Force est également de constater — et de regretter — que l'introduction de cette législation nouvelle dans le droit belge de la consommation n'a pas eu à ce jour les effets escomptés. Les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 qui traitent des clauses abusives paraissent largement ignorées ou laissées, délibérément ou non, dans une grande marginalité.

#### **A. Jusqu'à la fin des années 80**

2. La Belgique ne connaît, dans le domaine des clauses abusives, aucun contrôle de type législatif ou réglementaire qui soit global et propre aux échanges entre consommateurs et professionnels. La question est pourtant soulevée par une doctrine de plus en plus nombreuse, et pas seulement par des auteurs acquis au droit de la consommation. Dans ce débat, l'influence du droit comparé est déterminante: il est surtout fait référence à la résolution du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe adoptée en la matière le 16 novembre 1976, à la France, à la République fédérale d'Allemagne (AGB-Gesetz, 9 décembre 1976) et au Grand-Duché de Luxembourg (loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur).

Certes, des législations, et notamment la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, ont eu un impact sur la question des clauses abusives. Cependant, l'approche reste indirecte et traditionnelle: il s'agit essentiellement de protéger la réalité et la qualité du consentement du consommateur en renforçant le formalisme de certains contrats, en accroissant l'information du candidat contractant et en protégeant ce dernier contre l'usage de certaines pratiques promotionnelles ou méthodes de vente jugées trop agressives. Plus exceptionnellement des mécanismes juridiques sont introduits qui visent à garantir le mûrissement du consentement du contractant, par la voie

---

<sup>(1)</sup> Le présent rapport reprend pour partie le texte de notre contribution au colloque organisé par la faculté de droit et d'économie de l'université de Savoie, le 29 mai 1998, à Chambéry et dont les actes ont été publiés dans la *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 105, septembre-octobre 1998.

soit d'un délai de réflexion lui permettant de revenir sur son engagement après la signature du contrat (ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur), soit d'une offre préalable obligatoire requérant l'écoulement d'un délai impératif avant la conclusion du contrat aux fins d'éviter l'extorsion d'un consentement précipité (loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction).

Sur le plan du contrôle du contenu lui-même des contrats, l'action des pouvoirs publics reste ponctuelle et limitée. Le législateur est intervenu pour prohiber ou limiter l'emploi de certaines clauses déterminées dans quelques contrats particuliers (vente de véhicules neufs, organisation et vente de voyages, construction immobilière, crédit, assurance). Les dispositions à vocation large ou horizontale réglementant la présence d'une clause déterminée dans l'ensemble des transactions conclues avec des consommateurs restent rares: elles concernent notamment les clauses «portant augmentation de la créance en raison d'une réclamation en justice (code judiciaire, article 1023), la clause qui supprime la faculté pour le débiteur de demander au juge l'octroi de délais de grâce pour s'exécuter (code civil, article 1244) et les clauses d'indexation ou de révision des prix (loi du 30 mars 1976, article 57). On est loin de la longue liste de clauses réputées abusives dans les pays voisins de la Belgique <sup>(2)</sup>.

3. Les initiatives de normalisation volontaire des conditions générales des contrats, allant au-delà de la rédaction de contrats types par les professionnels, restent tout aussi exceptionnelles. Elles sont le fait de quelques secteurs (par exemple, dans le secteur de la vente par correspondance, un code de bonne conduite comprend plusieurs dispositions relatives à la formation du contrat et à son exécution: clauses d'essai et de retour, droit d'annuler la commande, délai de livraison, etc.), soit des organisations de consommateurs (par exemple, les contrats types rédigés par l'association des consommateurs, Test-Achats, pour la vente de biens au consommateur, la réparation de véhicules automobiles, la vente de terrains à bâtir, etc.).

Lorsqu'elles ont lieu, ces initiatives restent unilatérales. Seule exception: l'initiative prise en 1987 par le ministre de l'environnement, de la vie rurale et de l'eau de la Région wallonne de provoquer une négociation collective qui, placée sous la conduite d'un médiateur extérieur, regroupera des représentants des sociétés de distribution de l'eau en Région wallonne et des représentants des organisations de consommateurs et aboutira à la rédaction d'un règlement uniforme pour la distribution de l'eau en Wallonie <sup>(3)</sup>.

4. L'essentiel de ce qui a été fait jusqu'au début des années 90 le fut donc en Belgique à l'initiative des tribunaux.

Trois techniques principales sont développées par les cours et tribunaux qui vont avoir un impact direct sur le traitement des conditions générales des contrats proposés aux consommateurs:

- le renforcement des conditions de validité du consentement du contractant (obligation précontractuelle de renseignement, exigence d'une prise de connaissance effective par le contractant des termes du contrat, exigences relatives à la présentation matérielle du contrat et de ses clauses);
- l'interprétation des contrats en faveur de la partie la plus faible ou à l'encontre de celui qui a stipulé (*contra proferentem*);
- le recours à des modes de contrôle abstrait ou normes générales tirés des principes généraux du droit des obligations, tels que la bonne foi (par exemple à propos des clauses

<sup>(2)</sup> Pour une description d'ensemble, on lira Bourgoignie, Th., «Le traitement des clauses abusives en droit belge», sous la direction de Ghestin, J., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, LGDJ, Paris, 1991; Balate, V., Bourgoignie, Th., «Le traitement des clauses abusives en droit belge: examen critique au regard du projet 826 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur», *Revue de droit commercial belge*, 1989, p. 651-695.

<sup>(3)</sup> Sur cette initiative, voir Laffineur, J., «Les conditions générales types de distribution d'eau alimentaire», *Droit de la consommation/Consumentenrecht*, 1989, p. 26-35.



exonératoires ou limitatives de la garantie), l'abus de droit (par exemple à propos de clauses permettant la suspension de la distribution du gaz, d'eau ou d'électricité en cas de non-paiement de ses factures par l'utilisateur) ou la lésion qualifiée (pourtant la plus intéressante selon nous et la plus proche de notre propos dès lors qu'il y a abus par l'une des parties des besoins, des faiblesses, de l'inexpérience ou de l'ignorance de l'autre partie; option que va confirmer la législation luxembourgeoise en 1987 en modifiant la formulation de l'article 1118 du code civil en vue d'en rapprocher les termes des conditions de la lésion qualifiée) <sup>(4)</sup>.

Il reste que l'action des cours et tribunaux, aussi louable soit-elle, connaît des limites, naturelles pourrions-nous dire, qui la rendent peu efficace:

- elle est le plus souvent marquée du souci prioritaire de sauvegarder le principe de l'autonomie des volontés des parties grâce à un accroissement du flux informationnel dans la relation et à la protection du consentement du contractant; elle n'aboutit qu'exceptionnellement à corriger une situation manifestement abusive par une intervention directe sur les termes même de la relation liant le consommateur à l'entreprise; l'information du consommateur l'emporte sur la protection de celui-ci;
- le contrôle judiciaire reste marqué par la diversité des fondements et des moyens;
- il est naturellement lié à la propension du juge de faire œuvre nouvelle ou «politique» en la matière, autant de sources d'incertitude et d'insécurité juridiques qui en diminuent inévitablement l'effet préventif potentiel;
- enfin, et c'est une évidence, le contrôle judiciaire ne bénéficiera qu'à celui ou à ceux qui ont les moyens d'y faire appel, et on connaît les obstacles qui privent le consommateur individuel d'un accès effectif aux tribunaux.

On ajoute que l'action en cessation, rendue accessible aux organisations de consommateurs par la législation belge dès 1971 pour une série de matières relevant des pratiques du commerce (et principalement la publicité) n'est pas, à l'époque, un recours accessible dans l'hypothèse de clauses abusives dans les contrats.

## **B. Le tournant des années 90 et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur**

5. Deux développements vont avoir, au début des années 90, une influence déterminante sur le cours des événements en Belgique:

- les travaux menés sur la question des clauses abusives au niveau de la Communauté européenne et qui reprennent vigueur à cette période de manière telle qu'on voit se dessiner de façon claire les contours d'une future directive du Conseil en matière de clauses abusives, qu'il s'agira donc obligatoirement pour le législateur belge de transposer en droit national à brève échéance <sup>(5)</sup> [voir point a)];

<sup>(4)</sup> «Sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion viole le contrat lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre [...]» (loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1).

<sup>(5)</sup> Sur les travaux préparatoires de la directive européenne, voir Kramer, L., *La CEE et la protection du consommateur*, collection *Droit et consommation* n° 15, Story Scientia, Bruxelles, 1988, p. 168-175; Howells, G., Wilhelmsson, Th., *EC Consumer Law*, Ashgate, Dartmouth, 1997, p. 88-90. Les travaux européens ont été basés sur une étude réalisée par Hondius, E., *Unfair terms in consumer contracts*, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Utrecht, 1987.

- les premiers résultats des travaux de la commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation (CERDC) mise en place, en 1987, par le gouvernement belge en vue de proposer la codification du droit belge de la consommation <sup>(6)</sup> [voir point b)].

Le jeu des influences réciproques est évident. Les travaux de la commission française de refonte du droit de la consommation (CRDC), alors en phase finale, ont directement influencé ceux de la CERDC belge, et particulièrement à propos du chapitre consacré aux clauses abusives. On sait par ailleurs que des membres de la CRDC en France ont eu une influence directe dans les discussions préparant à l'élaboration du texte de la future directive d'avril 1993 sur les clauses abusives. Un membre de la Commission européenne siégeait à la CERDC belge et pouvait donc l'informer de manière tout à fait précise des orientations du texte de la future directive. Notre collègue E. Hondius, qui a été étroitement associé aux études préparatoires de droit comparé réalisées par la Commission européenne sur le traitement des clauses abusives dans les pays membres de l'Union européenne, était également membre de la CERDC belge.

Comme en d'autres matières — on pense tout particulièrement à la responsabilité du fait des produits ou au droit de la garantie —, l'interpénétration des systèmes juridiques au sein de l'Union européenne se fait de plus en plus effective. Le «droit privé communautaire» devient une réalité tangible <sup>(7)</sup>. La question des clauses abusives nous en fournit une illustration remarquable <sup>(8)</sup>. Elle justifie à elle seule de s'interroger — et des voix de plus en plus nombreuses se font entendre en ce sens — sur l'opportunité d'œuvrer à la rédaction d'un «code européen de la consommation» <sup>(9)</sup>.

#### **a) L'élaboration de la directive du Conseil du 5 avril 1993**

6. Une première proposition de directive est rédigée en 1989 par le service politique des consommateurs de la Commission européenne à propos des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Les grands axes du texte de la future directive sont déjà apparents, et principalement la nécessité d'une norme générale définissant le caractère abusif du contrat ou de la clause, de même que l'opportunité de prévoir une liste de clauses jugées abusives en elles-mêmes.

L'année 1991 est l'année du débat au Parlement européen, lequel entend renforcer la protection reconnue au consommateur par la proposition initiale et demande à la Commission européenne d'étendre la liste noire des clauses abusives. Trois listes de clauses élaborées au niveau national vont directement influencer la rédaction de la proposition modifiée de directive: la liste noire allemande, la liste noire portugaise et la recommandation de synthèse française.

On sait aussi qu'une série de compromis à caractère politique et souvent de dernière minute vont restreindre la portée du texte finalement adopté en 1993 par le Conseil de ministres:

- les clauses relatives à la garantie attachée aux produits de consommation sont sorties de la liste des clauses abusives, et une initiative spécifique est annoncée en la matière; cette initiative se concrétisera effectivement en 1996 avec une première proposition de directive sur la garantie et le service après-vente;

<sup>(6)</sup> Sur cette commission et le résultat de ses travaux, voir Bourgoignie, Th., «Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs», *Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation*, ministère des affaires économiques, Bruxelles, 1996, p. 463; pour une présentation des principales propositions, voir Bourgoignie, Th., «Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs», *Journal des tribunaux*, 1997, p. 37-43.

<sup>(7)</sup> Voir Hartkamp, A., e.a., *Towards a European civil code*, Ars Aequi, Nijmegen, première édition, 1994, et deuxième édition, 1998.

<sup>(8)</sup> Voir Tenreiro, M., «Les pratiques commerciales et les contrats: la protection des consommateurs en Europe», *Journal des tribunaux de droit européen*, 1997, p. 49-57.

<sup>(9)</sup> Voir à ce propos les contributions au colloque organisé à Lyon les 12 et 13 décembre 1997 par le groupe de recherches en droit des affaires et de la propriété, *Vers un code européen de la consommation*, sous la direction de Osman, F., 1998, Bruylant, Bruxelles, et particulièrement la synthèse de Calais-Auloy, J., *Un code européen de la consommation?*, p. 399-414.

- le secteur financier — comme il le fait traditionnellement — cherchera à bénéficier de dérogations au texte et les obtiendra;
- un large débat s'engagera, sans d'ailleurs se clôturer de manière claire, sur l'application de la directive au secteur des services publics;
- plus fondamentalement, la liste des clauses abusives placée en annexe de la directive, d'abord tenue pour une liste noire, devient une liste grise, mais dont heureusement le caractère minimal est affirmé.

Ces diverses restrictions ne seront pas retenues, notons-le dès à présent, par le législateur belge.

#### ***b) Les travaux de la CERDC et leur influence sur la loi du 14 juillet 1991***

7. Au moment même où se discute au parlement belge la proposition de loi visant à réformer de manière profonde la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce pour transformer celle-ci en une loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, la CERDC termine la rédaction, au sein de la loi générale qu'elle prépare sur la protection du consommateur, d'un titre 3 consacré aux «conditions contractuelles».

Le texte rédigé par la CERDC a été, en grande partie, repris à la suite d'un amendement à la proposition de loi déposé par le gouvernement lui-même en vue d'inclure cette problématique qui, autrement, ne l'aurait pas été.

Ainsi la loi du 14 juillet 1991 comprend-elle:

- une obligation générale de renseignement dans le cadre précontractuel, qui portera notamment sur le contenu des conditions contractuelles (article 30 de la loi);
- une norme générale qui définit le caractère abusif de la clause (article 31), applicable en dehors des seuls rapports de consommation et au-delà des seules conditions générales;
- la confirmation de ce que ces prescriptions nouvelles s'appliquent bien au domaine des services publics — la question pouvait en effet être posée à la suite de la définition restreinte donnée par la loi au concept de service (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2): le champ des dispositions relatives à l'obligation d'informer et aux clauses abusives est élargi aux «conditions», visant par là les conditions d'usage des services d'intérêt général fixées par la voie réglementaire;
- une liste noire de clauses abusives, longue de vingt et une clauses (article 32).

Enfin, le champ de l'action en cessation, dont les demandeurs possibles incluent les organisations de consommateurs, l'administration et le consommateur individuel intéressé, est étendu à la problématique des clauses abusives dans les contrats (article 95).

8. C'est très certainement sur le plan institutionnel que les travaux de la CERDC, et, à travers eux, l'expérience française, ont le plus influencé le législateur de 1991 en l'amenant à introduire dans le projet de loi alors en discussion le principe de la mise en place d'une structure consultative nouvelle: la commission des clauses abusives (CCA) (articles 35 et 36 de la loi).

La CCA est, comme en France, dotée d'un large pouvoir de recommandation, de proposition et d'avis.

Elle recommande:

- la suppression ou la modification des clauses et des conditions qui lui paraissent créer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur;
- l'insertion de mentions, de clauses et de conditions qui lui paraissent nécessaires pour l'information du consommateur ou dont l'absence lui paraît créer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur;

- une rédaction et une présentation des clauses et des conditions qui soient de nature à permettre au consommateur d'en comprendre le sens et la portée;
- les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables.

La CCA peut être saisie soit par le ministre, soit par les organisations de consommateurs, soit par les entreprises ou les groupement professionnels; elle ne peut l'être par un consommateur individuel. Les professionnels, de même que les organisations de consommateurs, peuvent demander un avis à la CCA sur des projets de clauses abusives ou de conditions. Il n'est pas prévu que le juge puisse y recueillir un avis. La CCA peut également se saisir d'office et décider de se livrer à un examen des clauses ou des conditions en vigueur dans tel ou tel secteur d'activités.

Elle est composée comme suit <sup>(10)</sup>:

- un président et un vice-président, qui sont des magistrats;
- cinq membres représentant des organisations de consommateurs;
- cinq membres représentant les secteurs de la production, de la distribution, de l'agriculture et des classes moyennes;
- quatre membres experts permanents nommés sur la base de leurs compétences spécifiques.

### C. L'impact de la loi du 14 juillet 1991

9. Si l'on veut porter un jugement d'ensemble sur l'impact de la législation de 1991 dans le domaine des clauses abusives, force est de dresser un constat plus que mitigé <sup>(11)</sup>.

10. a) *L'adoption d'une législation de nature horizontale en la matière n'a pas découragé le législateur à intervenir de manière sectorielle ou verticale.*

Plutôt que de confirmer l'application des dispositions de la loi du 14 juillet 1991 à tous les secteurs, l'approche suivie par le législateur, qui semble ignorer le texte nouveau, continue à privilégier une approche dispersée. Si le besoin d'une protection spécifique ou accrue dans certains secteurs d'activités peut certes être réel et justifier l'approche suivie, celle-ci est à l'origine de trop nombreuses dispositions contradictoires ou confuses, voire de dérogations injustifiées.

Il est vrai que depuis le début des années 1990, le droit de la consommation en Belgique a connu un développement spectaculaire. La Belgique a largement rattrapé le retard qui était le sien il y a dix années encore <sup>(12)</sup>. Dans ce contexte, de multiples règles particulières ont été adoptées qui toutes intéressent notre propos.

Signalons notamment:

- les dispositions particulières contenues dans la loi du 14 juillet 1991 relatives aux ventes à distance ainsi qu'aux ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur;
- la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (modifiée par les lois du 13 avril 1995 et du 13 mars 1998);
- la loi du 16 février 1994 sur le contrat d'organisation et le contrat d'intermédiaire de voyages;
- la loi du 9 février 1994 sur la sécurité des consommateurs;

<sup>(10)</sup> Arrêté royal du 26 novembre 1993 portant création de la Commission des clauses abusives, *Moniteur belge* du 8 janvier 1994; arrêté ministériel du 30 novembre 1994 portant nomination des membres de la Commission des clauses abusives, *Moniteur belge* du 25 janvier 1995.

<sup>(11)</sup> Voir aussi le bilan dressé par Balate, E., «Le contrôle des clauses abusives: premier bilan», *Droit de la consommation/Consumentenrecht*, 1997, p. 320-358.

<sup>(12)</sup> Pour un recueil annoté des textes relatifs au droit de la consommation en Belgique, voir Bourgoignie, Th., e.a., *Code marché et consommateurs*, Kluwer, Diegem, troisième édition, 1998 (mis à jour en 1999).

- la loi du 27 mars 1995 sur l'intermédiation et la distribution d'assurances (laquelle complète l'importante législation de 1992 sur le contrat d'assurance terrestre);
- la loi du 6 avril 1995 sur la protection des investisseurs et épargnants;
- la loi du 13 avril 1995 portant obligation pour les banques et les sociétés de crédit de communiquer certaines informations aux clients;
- l'arrêté royal du 28 octobre 1996 portant la liste des services prestés au titre de service universel des télécommunications;
- le décret ministériel de la Communauté flamande du 20 décembre 1996 réglementant le droit à la fourniture minimale d'électricité, de gaz et d'eau;
- la loi du 10 juillet 1997 sur les dates de valeur des opérations bancaires;
- la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles;
- la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé.

Enfin, signalons, pour être complet, que l'État s'est engagé dans la négociation, avec certains secteurs, des conditions de vente ou de prestation: tel est le cas dans le secteur des services publics (poste, transport, télécommunications) avec la signature de «contrats de gestion» <sup>(13)</sup>; telle est aussi l'approche suivie à l'égard du secteur automobile pour les contrats de vente de véhicules automobiles neufs («contrat de programme» conclu le 1<sup>er</sup> juin 1995) <sup>(14)</sup>.

**11. b)** *Par rapport aux dispositions retenues dans la loi du 14 juillet 1991, le rapport de la CERDC — tel que remis au gouvernement et publié en 1997 — présente plusieurs variantes intéressantes venant illustrer les lacunes de la loi nouvelle.*

On retient surtout:

- i) l'ajout de dispositions générales visant, au-delà de la problématique des seules clauses abusives, à modaliser les règles de formation et d'interprétation des contrats en fonction des particularités du droit de la consommation: citons, par exemple:
  - l'obligation de remise au consommateur d'un exemplaire des conditions contractuelles générales, si l'entreprise en a, au plus tard au moment de la conclusion du contrat (article 85),
  - l'exigence d'un contrat écrit en cas de livraison du bien ou de fourniture du service différé et de versement d'un acompte (article 84),
  - des prescriptions relatives à l'intelligibilité des conditions contractuelles, aussi bien quant à la forme qu'au contenu (article 86), point sur lequel la loi du 14 juillet 1991 reste muette;
- ii) un champ d'application plus vaste résultant des définitions larges données par les rédacteurs du code aux notions d'«entreprise» (si les opérateurs publics sont communément couverts par les deux textes, il n'en est pas de même pour les professions libérales et autres non-commerçants) et de «consommateur» (laquelle peut, selon certaines conditions, désigner aussi une entreprise) <sup>(15)</sup>;

<sup>(13)</sup> Le contenu de ces contrats est repris dans le *Code marché et consommateurs*, op. cit., sous les numéros 217 à 220.5.

<sup>(14)</sup> Pour le texte de ce contrat de programme, voir le *Code marché et consommateurs*, op. cit., n° 199.

<sup>(15)</sup> La qualité de consommateur est reconnue au commerçant ou au professionnel qui s'approvisionne en biens ou se fournit en services directement utiles à l'exercice de son commerce ou de sa profession dès lors qu'il n'entend pas en poursuivre la fabrication, la transformation ou la distribution ou en prolonger la prestation dans le cadre de son entreprise. Le principe est, en outre, posé qu'une personne morale n'est pas un consommateur, cette présomption pouvant néanmoins être renversée dès lors que le professionnel établit qu'il n'a pas et ne doit pas avoir une compétence particulière pour l'acquisition ou l'utilisation du bien ou du service concerné. Voir le rapport CERDC, op. cit., à la note 5 de rapport.

- iii) l'insertion, dans la liste noire des clauses jugées abusives, de clauses qui ne sont pas jugées telles par l'article 32 de la loi du 14 juillet 1991 <sup>(16)</sup>. Ainsi en est-il:
- des clauses de variation des prix: la Commission entend assurer que l'entreprise ne puisse se réserver le droit de procéder à des augmentations qui, suivant directement la conclusion du contrat, auraient dû être prévues; est ainsi jugée abusive la clause (ou condition) qui autorise l'entreprise à «augmenter le prix dans une période de trois mois suivant la conclusion du contrat ou à procéder à une augmentation de prix au-delà de ce délai sans accorder au consommateur la faculté de renoncer au contrat» (article 92.2),
  - de la clause qui n'accorde pas au consommateur, lorsque le prix n'est pas déterminé au moment de la conclusion du contrat, la faculté de renoncer à son engagement (article 92.4),
  - de celle qui fait présumer que le consommateur a connaissance d'un fait ou d'un acte alors que manifestement il n'en est rien (clause du type «dans l'état bien connu de l'acheteur») (article 92.6),
  - des clauses exonératoires ou limitatives de la responsabilité de l'entreprise: la démarche de la Commission vise à réduire de manière radicale, voire à interdire, l'application de conventions par lesquelles les parties décident d'aménager le régime légal du partage des risques liés à la transaction; elle s'inscrit dans la logique de la reconnaissance, dans le champ de la consommation, de régimes de responsabilité objective de l'entreprise dérogoires du droit commun. Appelés à fixer les limites de la validité des clauses exonératoires ou limitatives de la responsabilité de l'entreprise à l'égard du consommateur, les membres de la Commission proposent deux variantes. La première, plus générale et plus stricte, tient pour abusive la clause par laquelle l'entreprise supprime ou limite sa responsabilité du fait de sa faute ou de celle de ses préposés (article 92.12 — variante 1); il n'importe pas que la faute invoquée reste une faute légère ou que les dommages subis par la victime se limitent à des dégâts matériels. La seconde tient pour abusifs deux types de clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité: 1) celle par laquelle l'entreprise responsable entend limiter ou s'exonérer de sa faute lourde ou de celle de ses préposés (article 92.12, variante 2.1) — cette hypothèse est celle que reprend, mais en partie seulement, à son compte le législateur du 14 juillet 1991 à l'article 32.11 de la loi, qui ne déclare abusives que les clauses exonératoires («libérer») et non les clauses limitatives de responsabilité — et 2) celle par laquelle l'entreprise responsable cherche à écarter ou à limiter sa responsabilité du fait de sa faute, même légère, ou de celle de ses préposés lorsqu'il y a eu décès ou lésion corporelle (article 92.12, variante 2.2),
  - de la clause prévoyant l'augmentation automatique de la créance de l'entreprise à défaut d'exécution par le consommateur de ses obligations (article 92.18): la Commission se prononce contre la détermination conventionnelle des dommages et intérêts dans un cas d'inexécution des obligations prévues au contrat,
  - de la clause exigeant du consommateur qu'il soumette le litige à une tentative de règlement amiable (article 92.27) ou à un arbitrage (article 92.28): certes le recours à un mode informel de règlement du litige ou à l'arbitrage n'est guère déconsidéré, mais l'obligation faite au consommateur d'en user n'est pas admise; la décision de s'écarter des modes judiciaires de règlement des conflits en optant pour tel ou tel autre mode de traitement du litige doit rester intacte et entière dans le chef du consommateur, qui doit rester toujours libre d'accepter une proposition en ce sens.

<sup>(16)</sup> Voir le rapport de la CERDC, op. cit., p. 153-170.

**12. c) *L'action du pouvoir judiciaire est restée très — beaucoup trop — modeste.***

Pour les besoins d'alimenter la banque de données sur les clauses abusives mise en place par la Commission européenne (CLAB), le centre de droit de la consommation fait l'inventaire des décisions rendues par les cours et les tribunaux belges en matière de clauses abusives.

Le constat n'est guère encourageant <sup>(17)</sup>:

- i) un nombre minime de décisions prend comme base la loi du 14 juillet 1991 et les articles 31 et suivants de cette loi. Il est plus courant que les décisions restent fondées sur les principes généraux du droit des obligations ou sur des dispositions issues de législations particulières (et principalement parmi celles-ci, la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation). Il est rare qu'il soit fait référence à la loi du 14 juillet 1991, trahissant ainsi soit une ignorance de la loi nouvelle par les acteurs du monde judiciaire, soit une sorte d'appréhension des juges à baser leur décision sur cette loi, mais à recourir plutôt à des concepts connus et déjà utilisés avant l'explosion du droit de la consommation;
- ii) la très grande majorité des décisions rendues concerne la seule matière des clauses pénales (visées par l'article 32.21 de la loi du 14 juillet 1991) et se contentent d'appliquer la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation selon laquelle seul le caractère indemnitaire de la clause pénale peut être admis;
- iii) presque toutes les procédures engagées l'ont été à la suite d'actions individuelles et non d'actions en cessation; le constat, notons-le, n'est pas propre à la matière des clauses abusives, mais concerne l'ensemble des dispositions de la législation sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur;
- iv) les décisions les plus intéressantes et notamment celles prenant pour base la loi du 14 juillet 1991, sont toutes le fait de quelques «activistes», à savoir trois à quatre juges de paix, qui se révèlent bien informés de la loi et particulièrement motivés à la faire respecter.

On le voit, la jurisprudence sur les clauses abusives en Belgique est restée à ce jour très peu originale et peu développée au regard des potentialités offertes par les initiatives du législateur. Si l'évaluation se fait au départ des seules décisions des tribunaux, force est de conclure que l'impact des dispositions nouvelles sur l'action des juges doit être tenu pour marginal, voire dérisoire.

Ces observations illustrent de manière éclatante l'illusion que constitue la protection reconnue aux consommateurs par des textes nouveaux dès lors que les réformes ne sont pas engagées sur le plan des procédures et sur le plan du droit formel pour permettre l'application effective de textes votés: manque de sensibilisation et de formation des magistrats à une matière nouvelle et perçue comme en marge du code civil, absence de procédures simplifiées pour le règlement judiciaire des petits litiges, refus d'admettre la recevabilité d'agir des organisations de consommateurs en réparation des dommages causés à l'intérêt collectif des consommateurs par l'usage d'une clause abusive interdite, voire à agir pour la défense des intérêts individuels d'un groupe, déterminé ou indéterminé, de consommateurs victimes d'une même situation préjudiciable, développement d'autres systèmes de règlement des conflits où des décisions, qui intéresseraient notre propos, sont sans doute prises, mais qui manquent cruellement de transparence, etc.

Il serait certes intéressant de vérifier si le contentieux des clauses abusives — qui apparemment n'atteint pas le monde judiciaire — se trouve porté devant des enceintes non judiciaires de règlement des litiges et, s'il en est ainsi, d'examiner si les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 qui concernent les clauses abusives y reçoivent plus d'attention.

<sup>(17)</sup> Voir le rapport d'évaluation rédigé pour les besoins de la présente conférence: Leroux, O., Bourgoignie, Th., Cambier, V., «L'application par les tribunaux belges des dispositions relatives aux clauses abusives introduites par la loi du 14 juillet 1991, telle qu'amendée en vue de la transposition de la directive 93/13/CEE. Rapport CLAB — Belgique», Louvain-la-Neuve, juillet 1999, p. 8.

Aucune étude empirique n'a par ailleurs été réalisée qui permettrait d'évaluer l'impact préventif éventuel des dispositions de la loi, et principalement de sa liste noire, sur la rédaction des conditions générales dans les secteurs professionnels. Force est cependant de constater la persistance de l'emploi de clauses pourtant tenues comme abusives par le législateur depuis 1991. Ainsi en est-il des clauses pénales; ainsi en est-il aussi des clauses exonératoires ou limitatives de la garantie légale.

**13. d) *Les initiatives de normalisation bilatérale des contrats ne se sont guère développées.***

Contrairement au législateur qui, dans la loi du 14 juillet 1991, a prévu d'octroyer un large pouvoir de délégation à l'exécutif (article 34) — le roi est autorisé à ajouter des clauses à la liste de l'article 32, mais également à prescrire l'usage de certaines clauses, voire à imposer l'usage de contrats types —, la CERDC a préféré se prononcer pour des tentatives de normalisation bilatérale et volontaire des contrats de consommation, à l'initiative des organisations représentatives des intérêts des consommateurs et de celles représentant les secteurs professionnels; le cadre juridique de tels accords collectifs de la consommation est proposé à cet effet aux articles 285 à 304 de la loi proposée par la CERDC <sup>(18)</sup>.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet, ni sur le plan législatif, ni dans la pratique.

**14. e) *L'activité de la CCA elle-même est restée limitée.***

La CCA est obligée, conformément à l'article 34, paragraphe 3, de la loi du 14 juillet 1991, d'établir et de publier chaque année un rapport de son activité, lequel doit comprendre notamment le texte intégral des recommandations émises et des propositions formulées pendant l'année.

Au 31 décembre 1997, la CCA avait rendu deux avis sur des projets de conditions générales de vente soumis par des entreprises individuelles, un avis sur la transposition de la directive du Conseil du 5 avril 1993 en droit belge (CCA 2 du 19 septembre 1996) et une recommandation relative aux clauses pénales (CCA 4 du 21 octobre 1997) <sup>(19)</sup>. Ce dernier texte est intéressant dès lors que, on l'a vu, l'essentiel de l'activité judiciaire dans le domaine des clauses abusives en Belgique actuellement tourne autour de la problématique des clauses pénales.

L'activité, on le voit, est modeste et force est en outre de constater que les deux avis principaux émis — celui sur la transposition de la directive européenne et la recommandation relative aux clauses pénales — d'une part, l'ont été à l'initiative de la Commission et, d'autre part, sont loin d'être unanimes, se contentant d'enregistrer les positions traditionnelles et opposées des uns et des autres membres de la Commission...

La faute ne peut certes pas en être attribuée aux experts permanents désignés au sein de la CCA, ni à la présidente de celle-ci, qui sont tous hautement qualifiés et motivés. Sans doute faut-il y trouver d'autres raisons telles que l'absence de moyens mis à la disposition de la CCA (secrétariat, moyens administratifs, rémunération des experts...) et l'échec, en Belgique, des tentatives de dialogue entre les entreprises et les consommateurs.

La CCA, il faut le souligner, n'a démarré ses travaux effectivement qu'à la fin de l'année 1994 (trois années ont été nécessaires pour l'installer et en désigner les membres!). Il est donc trop tôt, nous paraît-il, pour porter un jugement.

## **D. La réforme de la loi du 14 juillet 1991**

**15.** Les dispositions de la loi du 14 juillet 1998 qui concernent les clauses abusives ont été amendées à trois reprises depuis 1991. Ces réformes ont été rendues nécessaires par l'obligation

<sup>(18)</sup> Voir le rapport de la CERDC, op. cit., p. 345-352.

<sup>(19)</sup> Le texte des avis et recommandations rendus par la commission des clauses abusives est publié dans le rapport d'activité annuel du Conseil de la consommation, (ministère des affaires économiques, Bruxelles). Voir le *Rapport d'activités 1996*, p. 195-222, et le *Rapport d'activités 1997*, p. 261-268.



de rendre le prescrit légal belge conforme au droit communautaire. Ce n'est pourtant pas là l'unique justification de l'intervention du législateur, puisque les amendements apportés au texte de base par la loi du 7 décembre 1998 vont plus loin que la simple mise en conformité du droit belge et introduisent des dispositions nouvelles allant au-delà du prescrit communautaire.

**16. a) La loi du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales** <sup>(20)</sup>.

Les dispositions relatives aux clauses abusives dans la loi du 14 juillet 1991 s'appliquent aux contrats entre un vendeur et un consommateur, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi.

Or les notions de vendeur et de service, respectivement définies par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1, 2 et 6 de la loi, ne permettent pas d'inclure les titulaires de professions libérales dès lors en effet qu'ils n'accomplissent pas d'actes de commerce ou d'activité artisanale. Ne désirant pas étendre aux titulaires de professions libérales l'ensemble des obligations résultant de l'application de la loi du 14 juillet 1991 — un choix qui peut être contesté —, le législateur, tenu par ailleurs de respecter ses obligations communautaires, opte pour l'adoption d'une loi particulière.

Celle-ci reprend fidèlement le contenu de la directive en l'appliquant aux relations contractuelles entre les titulaires de professions libérales et leurs clients.

La profession libérale est définie comme l'activité professionnelle indépendante, qui ne constitue pas un acte de commerce ou une activité artisanale et qui n'est pas visée par la loi du 14 juillet 1991, à l'exception des activités agricoles et d'élevage. En effet, les agriculteurs sont considérés comme vendeurs au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 6, de la loi du 14 juillet 1991. Sont donc ainsi désignés notamment les avocats, les médecins, les architectes et les notaires.

**17. b) La loi du 30 octobre 1998 relative à l'euro** <sup>(21)</sup>.

L'article 58 de la loi complète la liste noire prévue par l'article 32 de la loi du 14 juillet 1991 en y ajoutant une vingt-deuxième clause abusive.

Est tenue pour telle la clause ayant pour objet d'autoriser le vendeur à résilier ou à modifier le contrat en raison de l'introduction de l'euro.

**18. c) La loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur** <sup>(22)</sup>.

Cette législation récente met le droit belge en conformité avec le prescrit de la directive 93/13/CEE là où il ne l'était pas [voir point 1)]. Elle renforce par ailleurs le cadre protecteur de la loi originale [voir point 2)].

1) Mise en conformité du droit belge avec le prescrit de la directive

Les points suivants se trouvaient concernés et reçoivent une réponse satisfaisante:

- une notion de «vendeur» beaucoup plus large que celle définie par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 6, de la loi est introduite pour les besoins de la seule section consacrée aux clauses abusives: la notion ajoute aux vendeurs visés par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 6, «toute autre personne, physique ou morale, [...] qui, dans un contrat conclu avec un consommateur, agit dans le cadre de son activité professionnelle» (article 31, paragraphe 2, point 2). Sont seuls sortis du champ d'application de la loi, les titulaires de professions libérales pour qui s'applique la loi du 3 avril 1997;
- alors que la loi du 14 juillet 1991 parlait de «ventes de produits ou de services», la loi nouvelle parle de «contrats» (article 32), levant ainsi toute équivoque sur l'application des dispositions de la loi à d'autres relations contractuelles que la vente, telles que la location, la location-vente, le crédit-bail, le mandat, le contrat d'entreprise, etc.;

<sup>(20)</sup> *Moniteur belge* du 30 mai 1997.

<sup>(21)</sup> *Moniteur belge* du 10 novembre 1998.

<sup>(22)</sup> *Moniteur belge* du 23 décembre 1998.

- le champ d'application *ratione materiae* de la loi du 14 juillet 1991 est lui aussi étendu par un élargissement de la notion de produit; pour les besoins de la seule section relative aux clauses abusives, la notion de «produit» se trouve étendue aux biens immeubles, aux droits et aux obligations (article 31, paragraphe 2, point 1) — un nouveau paragraphe 3 est ajouté à l'article 31 qui précise les critères dont il y a lieu de tenir compte lors de l'évaluation du caractère abusif d'une clause contractuelle (nature des produits ou des services faisant l'objet du contrat, circonstances entourant la conclusion du contrat, autres clauses du contrat ou autre contrat lié au contrat en cause);
- un paragraphe 4 est ajouté au même article qui, d'une part, reprend l'obligation prévue par la directive d'une rédaction claire et compréhensible des clauses du contrat et, d'autre part, reproduit le principe énoncé par la directive de ce qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut;
- des clauses abusives nouvelles sont ajoutées à la liste noire existante, dont certaines sont reprises de l'annexe de la directive; voyez la nouvelle clause 22 prohibant les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité du vendeur en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels résultant d'un acte ou d'une omission de ce vendeur [point a) de l'annexe de la directive]; voyez aussi les clauses 23, 24, 26, 27 et 28 correspondant respectivement aux points i), d), n), b) et p) de l'annexe de la directive;
- des précisions tirées de l'annexe de la directive sont apportées à la liste noire de clauses abusives prévue par l'article 32 de la loi; voyez ainsi, à propos de la clause conférant au vendeur le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat, le nouveau point 5 de l'article 32 repris du point m) de l'annexe de la directive; voyez également, à propos des clauses prévoyant la prorogation automatique du contrat, la nouvelle formulation du point 17 de l'article 32 et, à propos des clauses permettant de modifier le prix du contrat, les précisions apportées au point 2 de l'article 32 en ce qui concerne les clauses d'indexation et les clauses de variation des tarifs et des taux dans le domaine des services financiers;
- il est explicitement prévu, dans un nouvel article 33, paragraphe 2, que le consommateur ne peut se voir retirer le bénéfice de la protection accordée par la loi belge ou de la loi d'un autre État membre de l'Union européenne du fait d'une clause déclarant applicable le droit d'un État tiers à l'Union européenne et qui s'avérerait moins protecteur.

## 2) Renforcement des prescriptions en vigueur

Le législateur belge profite de la réforme effectuée en décembre 1998 pour aller plus loin que la directive et renforcer le cadre législatif en place à l'égard des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Une clause est ajoutée à la liste des clauses abusives qui ne provient pas de l'annexe de la directive, à savoir celle permettant au vendeur de se réserver le droit de retenir les sommes versées par le consommateur lorsque c'est le vendeur lui-même qui résilie le contrat (clause 25).

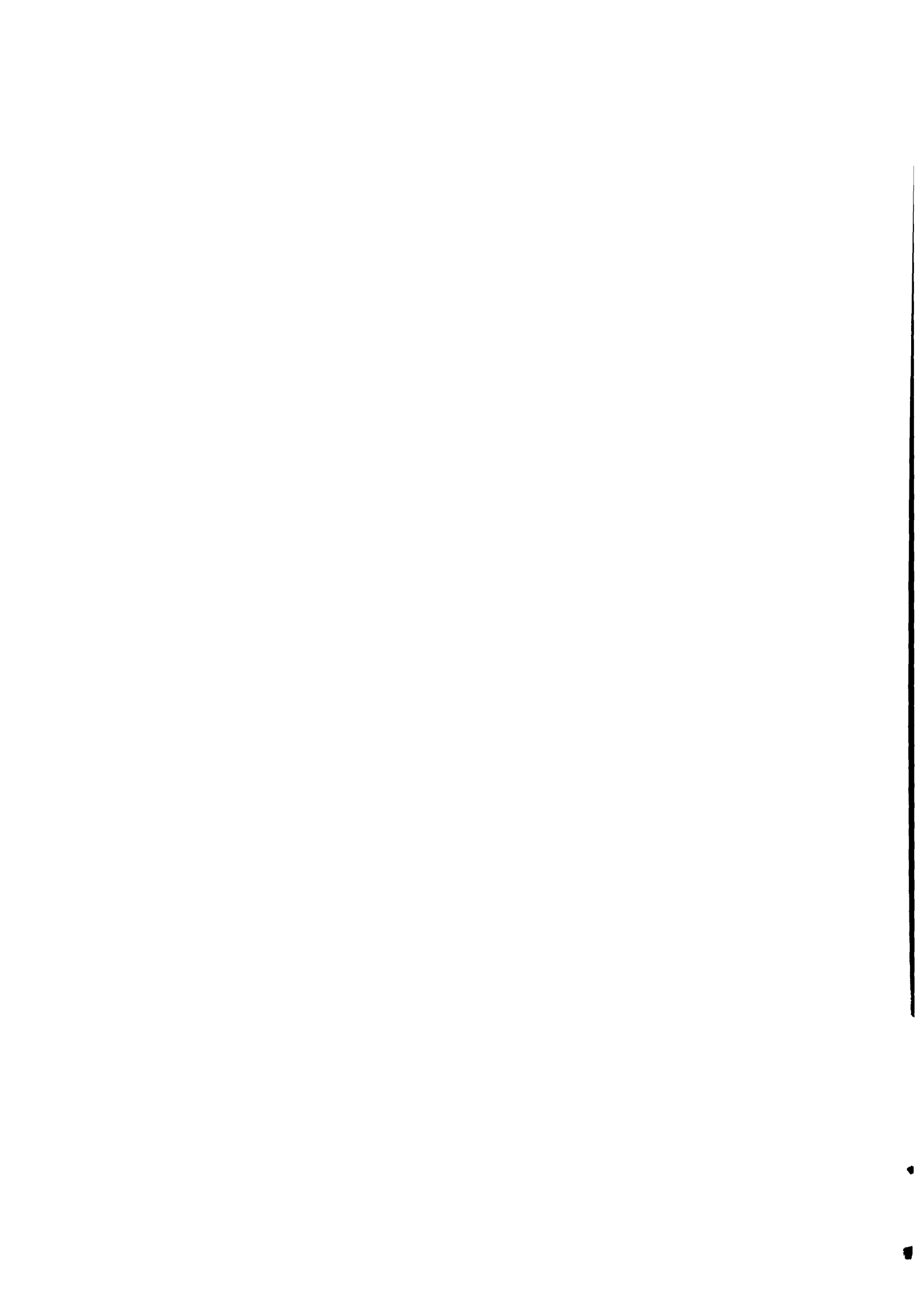
À des fins d'efficacité, l'action en cessation, prévue de manière générale par la loi du 14 juillet 1991, pourra, dans l'hypothèse de recours contre des clauses abusives, être intentée contre plusieurs vendeurs ou leurs associations professionnelles qui utilisent ou recommandent l'usage des mêmes clauses ou de clauses similaires.

## **WORKSHOPS**

**Preliminary documents and final reports**

## **ATELIERS**

**Documents préparatoires et rapports finaux**



# Workshop 1

## The scope of the directive: non-negotiated terms in consumer contracts (Article 1(1), 3(1), 4(2))

Chairman: Thomas WILHELMSSON, Professor at the University of Helsinki

### A. Preliminary document

#### 1. Article 1

Article 1(1) defines in principle the *scope of application*, it states that the **directive governs unfair terms control of ALL contracts concluded between a seller or supplier and a consumer**. Article 1(1) can therefore be seen as a catch-all provision that will apply to all consumer contracts excluding only contracts of the purely commercial sector and contracts where both sides are consumers themselves. The terms ‘consumer’ and ‘seller or supplier’ providing services, as the crucial pegs to hang contracts on are defined in Article 2(b) and (c). This terminology has to be interpreted on its own merits as examples of Community law even though their *prima facie* understanding may be different <sup>(1)</sup>.

A broad interpretation must be given to the notions ‘seller’ or ‘supplier’ and they should not be limited to the provision of goods or services. Contracts not concerning the provision of goods and services may be concluded between sellers/suppliers and consumers. The definition of seller or supplier in the directive does not make any reference to selling goods or supplying services. Seller or supplier is the person who, in contracts with consumers, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, even if instead of selling, he is buying goods, for instance. This is the case, for example, of a contract in which a private individual sells his car to a garage that buys it with a view to resale. Another example of contracts falling within the scope of the directive, without relating to the sale of goods or the provision of services, is when consumers act as guarantors for other consumers vis-à-vis a professional lender <sup>(2)</sup>. Moreover, the directive also includes the sale of immovable goods, which would be excluded by a strict interpretation of the word ‘good’. <sup>(3)</sup>

It is irrelevant for the application of the directive whether a consumer contract is drafted with the help of third parties or a notary public. Also covered are contracts concluded by word as the 11th Recital auxiliary underlines. Finally, the impact of the directive goes even beyond pure contract law and also touches the area of tort law as far as it relates, e.g. to the legal liability of the seller or supplier in No 1 (a) in the annex of the directive.

The only in-built limitations imposed on the scope of the directive are Article 1(2), which addresses the relationship to national and international law, Article 3(1) with its notion of indi-

---

<sup>(1)</sup> Case C-283/81, Srl CILFIT and Larificio di Gavardo SpA v. Italian Ministry of Health (1982) ECR 3415.

<sup>(2)</sup> In a recent case, the Court of Justice considered that even Directive 85/577/EEC (doorstep selling) shall cover financial security contracts, in spite of the fact that this directive, contrary to Directive 93/13/EEC, limits its scope to contracts related to the sale of goods or services. Case C-45:96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v. Edgard Dietzinger*, ECR (1998) 1-1199.

<sup>(3)</sup> The question whether land contracts are covered by the directive was briefly raised in Britain but answered in the affirmative, Bright and Bright, LQR (1995), pages 655 *et seq.*, (page 661).

vidually negotiated contract terms and Article 4(2) with regard to the main subject matter and the price of a consumer contract. None of the restraints is related to the nature of the contract and the broad notion of 'consumer contract' (4) remains unaffected.

## 2. Article 3(1)

The scope of the directive is limited to contractual terms which have not been 'individually negotiated'. Article 3(2) elaborates on a definition for this notion. The fundamental criteria established by the directive is the impossibility for the consumer to influence the substance of the term. Moreover, the directive establishes an absolute presumption (*iuris et iure*) of non-negotiation when the term has been drafted in advance (5). The directive then gives as a typical example the case of standard contracts (6).

It is to be noted that the initial Commission proposal of 1990 as well as the modified proposal of 1992 did not include a limitation to the 'not individually negotiated' contractual term. In various Member States, such as the Scandinavian countries and France, legislation still does not include such limitations.

## 3. Article 3(2), last two paragraphs

The last two paragraphs of Article 3(2) could raise some confusion that can work against the aim pursued by the directive. The second paragraph of Article 3(2) reads:

'The fact that certain aspects of a term or one specific term have been individually negotiated shall not exclude the application of this article to the rest of a contract if an overall assessment of the contract indicated that it is nevertheless a pre-formulated standard contract.'

This provision is useless. In fact, the scope of the directive is defined, not by reference to 'standard contracts' (as in some pre-existing national laws, eg. Germany or Portugal) but by reference to 'consumer contracts', whether they are standard or not. The only limitation is that the directive will not apply to the 'individually negotiated terms' (7). If applied literally, the second paragraph of Article 3(2) would turn against the aim pursued by the directive, because it would allow — *a contrario* — that in some cases the directive would not be applicable to some non-negotiated terms in consumer contracts (8). That was, of course not the intention of the legislator. Thus, this article has to be interpreted in a very restrictive way — which would take into account the other provisions of the directive.

But Article 3(2) has still a doubtful third paragraph that reads:

'Where any seller or supplier claims that a standard term has been individually negotiated, the burden of proof in this respect shall be incumbent on him.'

A part of the doctrine thinks that in order to admit that a contractual term has been individually negotiated, the standard term has to be amended (9), but other authors admit that an unmodified standard term can be considered as having been individually negotiated.

(4) Mixed contracts can also be included. In the *procès-verbal* of the adoption of the directive the following declaration can be found: 'as regards the interpretation of Article 2 (b), the Council and the Commission agree that where the consumer acts partly within and partly outside a trade or profession the situation only falls within the scope of the directive if the consumer acts primarily outside his trade or profession.'

(5) Article 3(2), first paragraph states that 'a term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term'.

(6) Article 3(2) continues: '[...] particularly in the context of a pre-formulated standard contract'.

(7) As it will also not apply to terms referred to in Article 1(2) and 4(2).

(8) When because of the presence of too much 'negotiated terms' the 'overall assessment of the contracts' would indicate that it is no longer a 'standard contract'.

(9) Judgment of Bundesgerichtshof of 20/10/76 (BB 1977, 59), Schulte, NSW 1974, 1217, Westphalen, DB 1977, p. 692. Reich thinks even that the amendment to the standard terms have to be favourable to the consumer, Reich ZVP 1978, p. 242.

In a literal reading, the third paragraph of the Article 3(2) of the directive seems to accept that last position, because putting the burden of proof of the negotiation on the business implies that this proof is allowed. Again, this article needs to be interpreted in a restricted way. An unmodified standard term should never be considered as having been individually negotiated because of the clear statement of the first paragraph of Article 3(2). This article states that a term drafted in advance (in particular standard terms) shall ‘always be regarded as not individually negotiated’.

The third paragraph of Article 3(2), shall, therefore, be interpreted as referring itself to standard terms that have been modified (by handwriting, for example). It means that, even in this case, the fact that the term has been modified does not imply automatically that the term has been negotiated with the consumer (the modification could have been made unilaterally by the business): the burden of proof lies with the seller or supplier.

#### 4. Article 4(2)

After Article 1(2) and the notion of individually negotiated contract terms in Article 3, Article 4(2) contains a third limitation of the scope of application of the directive which is in itself subjected to a limitation imposed by the clarity requirement. It concerns the main subject matter of the consumer contract and the relation between the good purchased or the service taken on the one hand and the price paid on the other hand. Provided that these parts of a contractual agreement are spelled out in ‘plain, intelligible language’, these main obligations of the parties are outside the scope of the directive.

The limitation as it is expressed in Article 4(2) is not reflected in the legal concepts of some Member States. Main obligations of the parties may be subjected under the general clause in Nordic countries, where it is possible for the courts to adjust payment duties to a standard which is considered to be fair and proportional, if the agreed price is unfairly higher than the average. These concepts are based on conceptions of contracts as means for reasonably redistributing wealth fairly in society <sup>(10)</sup>.

The more market-oriented approach of the directive is clearly reflected in the 19th Recital where the subject matter and the price/quality ratio are reiterated as excluded from unfair term control. But this recital also shows that the provision of Article 4.2 of the directive has to be interpreted in a restrictive way.

First of all, the exemption of price/quality ratio from the control of unfairness is limited to the ‘ratio’ itself and not to any other term related to price. Terms determining how the price is to be calculated or how it can be changed are fully submitted to the control of the directive.

Secondly, the ‘ratio’ price/quality is not submitted in itself to a control but shall be taken into account in assessing the fairness of other terms. By that way, the directive admits an indirect control of the price <sup>(11)</sup>!

Finally, **the notion of ‘main subject matter of the contract’, which some authors call ‘core provisions’ is to be interpreted in a very restrictive way.** The recital gives an example in the field of insurance contracts, where this matter is particularly difficult.

In fact, in insurance contracts the main subject matter of the contract is the cover given by the contract. Some would thus be tempted to sustain that no term related to the definition of the insured risk could be submitted to the directive’s control <sup>(12)</sup>. The recital clearly states otherwise. It states two conditions for allowing these terms to escape from the scope of the directive:

<sup>(10)</sup> Wilhelmsson, T., JCP, p. 435.

<sup>(11)</sup> An excessive price cannot be submitted to the fairness text directly but, for example, a term allowing price increases could be considered as unfair because ... the initial price would be too high!

<sup>(12)</sup> The criteria for deciding what should be considered as ‘core provision’ could not be a formal one, based on the way the terms were drafted (negative — exclusion of liability — or positive — definition of the risk covered).

the terms should clearly define or circumscribe the insured risk <sup>(13)</sup> and the restrictions of insurance companies' liability resulting from these terms have to be 'taken into account in calculating the premium paid by the consumer'. The conclusion is that in order to avoid control of fairness; low standards insurances should warn the consumer about this low standard and ... should be cheaper! Applying this reasoning to all kinds of contracts leads to the conclusion that deviations from the legitimate expectations of consumers should be clearly stated and the price duly adapted. And by that way, the directive could finally allow some price control approaching itself to the Nordic model.

In fact, complete exclusion of 'core provisions' and ratio price/quality from the control of fairness seems to be somewhat contradictory with the philosophy adopted by the directive.

In fact, the control established by the directive is justified by the absence of negotiation, the central element of legitimisation of the contract, and not by the standard character of the contractual terms. It is the fact that the consumer is not 'able to influence the substance of the term' that justifies the control of fairness. Or, 'core provisions' and in particular 'prices' are less and less submitted to negotiation in the modern conditions of trade. They should consequently also not escape to a certain control of fairness, in special cases where competition would not be strong enough and the market would not be transparent enough to overcome the lack of individual negotiation of specific contracts.

## 5. Questions

1. Should the directive be more explicit as regards the notion of 'seller'/'supplier'?
2. Should the scope of the directive be broader (all contractual terms covered and not only the non individually negotiated)?
3. Should the last two paragraphs of Article 3.2 be suppressed?
4. Should Article 4.2 be modified or suppressed?

---

<sup>(13)</sup> That condition results, as we have seen, from the text of Article 4(2) which submits the exemption to the test of 'plain intelligible language'.



## B. Final report

Much of the lively discussion in the workshop was related to the basic philosophy of the directive. It is self-evident that the group could not be unanimous on such very basic issues as the status of individual contracts and the price/performance ratio. On some points the discussions revealed cleavages between different national traditions concerning those fundamental issues. However, some suggestions for improvement seemed so to have a larger support in the group.

Three groups of issues were discussed:

- the limitation of the scope of the directive to terms which have not been individually negotiated (Article 3);
- the exclusion of terms relating to the main subject matter of the contract and to the adequacy of the price Article 4(2); and
- the definition of the scope of the directive in Article 1 and 2; especially the limitation of the scope to consumer relations.

Although these three issues were discussed separately, it was acknowledged that they are closely interrelated. The loosening of one restriction would tend to enhance the importance of another.

Generally speaking, there seems to be a kind of overkill in the provisions limiting the scope of the directive. Three different shots are fired at least partially at the same target. It seems unnecessary to uphold all three limitations at the same time. The employment of three different limitation philosophies simultaneously has led to a minimalist scope of the directive. If we, for example, understand the philosophy of the directive primarily to offer protection to the party who has been deprived of his/her right to influence the contract, and therefore focus only on non-negotiated terms, then we would not necessarily need to have the scope strictly limited to consumers. And on the other hand: if the ratio is to protect the *per definitionem* weaker consumer, then the lack of protection against individual terms seems illogical.

One additional general remark can be made: all the three questions contain a mix of substance and method, in two respects:

- There seemed to be an agreement in the workshop that there should be — and in most countries indeed exists — some protection also concerning situations which presently are not covered, like individual contracts and excessive prices. To some extent the issue is only a question of whether the directive is the right tool for effecting this protection. Some argue it belongs to other places of private or public law. In the discussion it was not easy to distinguish interventions concerning substance from those methods.
- There is also a question of strict versus flexible solutions. For example, also in those jurisdictions where court control of individual contracts is possible, the hurdle of adjustment is much higher in such situations. Should one then have a flexible scale — the more negotiation the higher hurdle for adjustment — or a bipolar system: only non-negotiated terms are covered, but negotiated terms are not covered at all? The same discussion concerning flexibility and bipolarity applies to all the delimitations discussed in the workshop. In favour of the more flexible solution one can refer to the argument that this solution avoids much unnecessary legal technicality and dogmatic discussions concerning the precise definition of the terms defining the scope.

The standpoints of the author of this workshop report to issues I and II are reflected in his plenary paper and are not repeated here.

## 1. Terms which are individually negotiated

The basic discussion on this issue revealed a very clear division of opinions in the group. For example, the Nordic (Danish and Finnish), French and Greek interventions were in favour of deleting the limitation, while for example German, Spanish and Portuguese discussants found the limitation defensible. The standpoints usually correlated fairly well with the position of the law in the respective country and with the traditions and arguments thought of as important in that country. It does not seem politically possible to reach an agreement concerning a revision of the directive in this respect.

In the discussion it was also claimed that this delimitation is in practice a marginal matter, as the terms in consumer contracts are not individually negotiated anyway. To some extent this is certainly true. However, if one speaks about the core provisions of the contract the situation can be different. Therefore this issue is connected with the problems related to Article 4(2) of the directive, dealt with below.

The details of Article 3 were not much discussed. At least it seems obvious that Article 3(2), second paragraph is unnecessary and even confusing. It does not fit the way in which the scope is defined in the directive. The directive applies to 'terms', which have not been negotiated. It is irrelevant what nature the contract as such has. Even if only one term of the contract was pre-formulated the directive applies to that term, according to its main rule in 3(1). The provision in 3(2), second paragraph, might give another impression. Therefore this paragraph should be deleted, or amended so that it only mentions 'certain aspects of a term' and ends in the words 'nevertheless a pre-formulated term'.

The discussion also showed that the concept 'not individually negotiated contracts' was understood in very different ways. The precise meaning of 'negotiation' in this rule is unclear. What kind of negotiation activity should there have been for the term to be individually negotiated? Taking into account the wording of Article 3(2) of the directive ('and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term'), the most reasonable interpretation seems to be that it is a question of whether the consumer had a real possibility of influencing the content of the term or not. If no such possibility was at hand the situation would be within the scope of the directive. If a term which looks like an individual term in fact was formulated in advance and the consumer thus did not have the possibility to influence the substance of the term, the directive shall apply to the term. If the consumer was presented with two or more pre-formulated alternatives to choose from — or to choose between taking or leaving a term — one cannot speak of any individual negotiation either.

However, some members of the workshop were of the opinion that there was individual negotiation in the latter situations, at least when the choices offered to the consumer were real. In view of the different opinions in the workshop it would be important to have the concept clarified, for example in the report to be made.

In the discussion a specific proposal was made that a term should be considered negotiated only if it has actually been amended in favour of the consumer.

## 2. Price/performance ratio

Again, on the issue concerning the necessity of the limitation of scope the opinions in the workshop were split. Some favoured the limitations, others not; the arguments on both sides were well known. It seemed, however, that this was a point where the discussion concerned the choice of right tool as much as the substance. Some stated that even though the price could be the object of control in specific circumstances, this should not be done by this directive.

There was, however, a suggestion made which seems well-founded and also found some support in the workshop: the limitation concerning the 'main subject matter of the contract' should be removed and the article should only mention the adequacy of the price. Several reasons could be offered for such an amendment.

Firstly: one argument for the limitation in Article 4(2) is that the price/performance ratio should be determined by the market and courts should not interfere in this balance. If that is the rationale of Article 4(2) then a delimitation concerning the adequacy of the price is sufficient and an exclusion of the main subject matter of the contract is not needed. Already by excluding the 'adequacy of the price' the directive completely excludes the price/performance ratio.

Secondly: as an argument for Article 4(2) it is said that the price and core provisions are contemplated by the consumer and even negotiated when the contract is made and therefore should not be controlled. However, this argument is not convincing, if one retains the delimitation of the scope of the directive in Article 3 to non-negotiated terms. Then Article 4(2) does not need to have an additional limitation concerning the main subject matter of the contract. There are two shots on at least mainly the same target.

'Core provisions' are not so often submitted to negotiation in the modern conditions of trade. If the control established by the directive is justified by the absence of negotiation, they should consequently not escape a certain control of fairness, especially in cases where competition would not be strong enough and the market would not be transparent enough to overcome the lack of individual negotiation of specific contracts.

If we accept the proposal that the reference to main subject matter should be removed from Article 4(2), we would avoid much of the problems we have in defining the very unclear concept of main subject matter (core provisions). We would also avoid the problems we have with contracts like insurance, where almost everything is related to the price, and could be deemed a core provision.

### 3. Articles 1 and 2

Several problems were noted in the provisions concerning the scope of the directive in Article 1 (and 2). Most of these were relatively small issues of interpretation, which as such would not merit an amendment of the directive. The issues might be solved by court practice; some advice in the report from the Commission could be helpful in this respect.

However, if the directive is amended for other reasons, these issues could be addressed as well.

Firstly, the concept of 'consumer' was discussed. There seemed to be wide agreement that the limitation of the scope to natural persons (Article 2(b)) is too narrow. At least in some jurisdictions the rules apply also, for example, to certain associations. The directive should apply to all non-commercial persons, both natural and legal persons. It should not be decisive whether the consumer bought the goods personally or whether for example an association of consumers did it.

In the group there was also some support for extending the scope even further, also to cover at least small businesses. Others expressed doubts concerning such an extension, which has been debated in relation to many consumer law directives. It seems obvious that whatever solution is adopted, it should be coherent throughout the consumer law area. Separate spheres of application for each consumer law directive create unnecessary confusion.

Secondly, it was proposed that the word 'concluded' in Article 1 should be replaced by 'proposed', in order to make it possible to interfere through Article 7 proceedings already when unfair terms have been proposed.

Thirdly, there was noted a lack of conformity between the different language versions in the description of the business in Article 1. The French version uses the term 'un-professional' and the German the word 'Gewerbetreibende', but the English version speaks about 'seller or supplier'. Therefore, at least one English participant was of the opinion that, strictly speaking, the English version would not apply to situations where the business is the buying party. It was agreed that the directive should be applied broadly, to cover also this situation.

There were also some doubts whether the use of the word 'goods' would exclude the application to contracts concerning land. It was agreed that the directive should be applied broadly also in this respect.

Finally the question was raised, whether the directive was applicable also to liberal professions, such as lawyers and medical doctors. The workshop found it self-evident that the term 'professional' or 'seller and supplier' also cover such professionals.

# Atelier 1

## Le champ d'application de la directive: les clauses non négociées dans les contrats de consommation (articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, 3, paragraphe 1, et 4, paragraphe 2)

Président: Thomas Wilhelmsson, professeur à l'université de Helsinki

### A. Document préparatoire

#### 1. Article premier

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, définit, sur le plan des principes, le *champ d'application* de la directive; il dispose que celle-ci régit le **contrôle des clauses abusives dans tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur**. Ce paragraphe peut donc être considéré comme une disposition générale s'appliquant à tous les contrats conclus avec les consommateurs, à la seule exception des contrats n'intéressant que le secteur commercial et de ceux dont les deux parties sont des consommateurs. Les termes «consommateur» et «professionnel» fournissant des services, des concepts essentiels autour desquels s'articulent les contrats, sont définis à l'article 2, points b) et c). Ces termes doivent être interprétés objectivement comme des notions de droit communautaire, même si leur signification première peut être différente <sup>(1)</sup>.

Il faut interpréter la notion de «professionnel» dans un sens large, sans la limiter à la fourniture de biens ou de services. Les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs ne portent pas forcément sur la fourniture de biens ou de services. La définition de «professionnel» figurant dans la directive ne fait aucunement référence à la vente de biens ou de services. Le professionnel est la personne qui, dans les contrats conclus avec les consommateurs, agit dans le cadre de son activité professionnelle, même si, par exemple, il achète des biens plutôt qu'il n'en vend. Tel est le cas d'un contrat par lequel un particulier vend sa voiture à un garage, qui l'achète dans le but de la revendre. Un autre exemple de contrat ne concernant pas la vente de biens ou la fourniture de services, mais néanmoins régi par la directive, est celui par lequel un consommateur se porte caution pour un autre consommateur vis-à-vis d'un prêteur professionnel <sup>(2)</sup>. En outre, la directive porte également sur la vente de biens immobiliers, qui serait exclue de son champ d'application par une interprétation stricte du terme «bien» <sup>(3)</sup>.

Aux fins de l'application de la directive, peu importe que le contrat conclu avec le consommateur soit rédigé avec l'aide de tiers ou d'un notaire. Le texte s'applique également aux contrats oraux, comme le souligne le considérant 11. Enfin, l'impact de la directive dépasse même le cadre du droit des contrats proprement dit et touche au droit de la responsabilité civile, dans la

---

<sup>(1)</sup> Affaire C-283/81, Srl CILFIT et Larificio di Gavardo SpA contre le ministère italien de la santé, Recueil 1982, p. 3415.

<sup>(2)</sup> Dans une affaire récente, la Cour de justice a estimé que même la directive 85/577/CEE (démarchage à domicile) s'applique aux contrats de cautionnement, bien que ce texte, contrairement à la directive 93/13/CEE, restreigne son propre champ d'application aux contrats portant sur la vente de biens ou de services (affaire C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG contre Edgard Dietzinger, Recueil 1998, p. I-1199).

<sup>(3)</sup> L'applicabilité de la directive aux contrats d'achat de terrain a été brièvement mise en question en Royaume-Uni, mais elle a été confirmée — Bright/Bright, LQR (1995), p. 655 et suiv. (p. 661).

mesure où le texte porte, par exemple, sur la responsabilité légale du professionnel [paragraphe 1, point a), de l'annexe de la directive].

Les seules limites imposées par la directive à son propre champ d'application découlent de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, qui traite de la relation avec le droit national et international, de l'article 3, paragraphe 1, qui contient la notion de clause faisant l'objet d'une négociation individuelle, et de l'article 4, paragraphe 2, qui porte sur l'objet principal et le prix du contrat conclu avec un consommateur. Aucune de ces restrictions n'est liée à la nature du contrat; la notion générale de «contrat conclu avec un consommateur» (4) reste valable en l'état.

## 2. Article 3, paragraphe 1

Le champ d'application de la directive se limite aux clauses contractuelles qui n'ont pas «fait l'objet d'une négociation individuelle». L'article 3, paragraphe 2, développe cette notion en la définissant. Le critère fondamental établi par la directive est l'impossibilité pour le consommateur d'influencer le contenu de la clause. En outre, la directive établit une présomption absolue («*juris et de jure*») d'absence de négociation en cas de rédaction préalable de la clause (5). La directive cite ensuite, comme exemple typique, le cas des contrats d'adhésion (6).

Il est à noter que la proposition initiale présentée par la Commission en 1990, de même que la proposition modifiée de 1992, ne limitait pas la portée du texte aux clauses contractuelles «n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle». Dans divers États membres, comme les pays scandinaves et la France, la législation ne prévoit toujours pas pareille restriction.

## 3. Article 3, paragraphe 2, deux dernières phrases

Les deux dernières phrases de l'article 3, paragraphe 2, pourraient susciter une certaine confusion qui risque d'aller à l'encontre du but poursuivi par la directive. La deuxième phrase de l'article 3, paragraphe 2, est formulée comme indiqué ci-après.

*«Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.»*

Cette disposition est inutile. En fait, la définition du champ d'application de la directive fait référence non pas aux «contrats d'adhésion» (comme dans certaines législations nationales préexistantes, par exemple celles de l'Allemagne ou du Portugal), mais aux «contrats conclus avec les consommateurs», qu'il s'agisse de contrats d'adhésion ou non. La seule restriction réside dans le fait que la directive ne s'applique pas aux «clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle» (7). Si elle était appliquée à la lettre, la deuxième phrase de l'article 3, paragraphe 2, irait à l'encontre du but poursuivi par la directive car elle permettrait — *a contrario* — d'exclure de son champ d'application, dans certains cas, des clauses non négociées figurant dans les contrats conclus avec les consommateurs (8). Telle n'était pas, bien entendu,

(4) Les contrats mixtes peuvent également être pris en compte. Le procès-verbal d'adoption de la directive contient le passage suivant: «En ce qui concerne l'interprétation de l'article 2, point b), le Conseil et la Commission sont d'accord pour estimer que, dans le cas où le consommateur agit pour partie dans le cadre d'une activité professionnelle et pour partie en dehors de ce cadre, la situation ne relève du champ d'application de la directive que si le consommateur agit pour l'essentiel en dehors du cadre de son activité professionnelle.»

(5) L'article 3, paragraphe 2, première phrase, dispose: «Une clause est *toujours* considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, *de ce fait*, pas pu avoir d'influence sur son contenu.»

(6) L'article 3, paragraphe 2, dit ensuite «[...] notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion».

(7) De même, elle ne s'applique pas non plus aux clauses visées aux articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et 4, paragraphe 2.

(8) Dans les cas où, en raison de la présence d'un trop grand nombre de «clauses négociées», l'«appréciation globale» du contrat permettrait de conclure qu'il ne s'agit plus d'un «contrat d'adhésion».

l'intention du législateur. Aussi faut-il interpréter cet article dans un sens très restrictif — qui tiendrait compte des autres dispositions de la directive.

Toutefois, l'article 3, paragraphe 2 comporte toujours une troisième phrase discutable, formulée de la manière mentionnée ci-après.

*«Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.»*

Une école estime que pour admettre qu'une clause contractuelle a fait l'objet d'une négociation individuelle, il faut que la clause standardisée ait été modifiée <sup>(9)</sup>; selon d'autres auteurs, en revanche, une clause non modifiée peut être considérée comme ayant été individuellement négociée.

Une interprétation littérale de la troisième phrase de l'article 3, paragraphe 2, de la directive semble autoriser cette dernière position, le fait de faire reposer la charge de la preuve de la négociation sur le professionnel impliquant que cette preuve est permise. Ici encore, cet article doit être interprété d'une manière restrictive. Une clause standardisée non modifiée ne doit jamais être considérée comme ayant fait l'objet d'une négociation individuelle, comme le dit clairement la première phrase de l'article 3, paragraphe 2: une clause rédigée préalablement (en particulier une clause standardisée) est *«toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle»*.

En conséquence, la troisième phrase de l'article 3, paragraphe 2, doit être interprétée comme se référant aux clauses standardisées qui ont été modifiées (à la main, par exemple). Elle signifie que même dans ce cas, la modification de la clause n'implique pas automatiquement une négociation avec le consommateur, les changements pouvant avoir été apportés unilatéralement par le professionnel; la charge de la preuve incombe donc à ce dernier.

#### 4. Article 4, paragraphe 2

Outre l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, la notion de clause négociée individuellement qui figure à l'article 3, et à l'article 4, paragraphe 2, renferme une troisième restriction du champ d'application de la directive *qui est, en elle-même, soumise à une limite imposée par une exigence de clarté*. Elle concerne l'objet principal du contrat et le rapport entre le bien ou le service acheté et le prix payé. Pour autant que ces éléments d'un accord contractuel soient rédigés de «façon claire et compréhensible», ces obligations principales des parties sont exclues du champ d'application de la directive.

La restriction énoncée à l'article 4, paragraphe 2, ne se retrouve pas dans les concepts juridiques de certains États membres. Les obligations principales des parties peuvent être soumises à la règle générale dans les pays nordiques, où les tribunaux ont la possibilité de ramener les sommes à payer à un niveau jugé équitable et proportionné si le prix convenu est injustement supérieur à la moyenne. Ces concepts reposent sur l'idée que les contrats constituent un moyen de redistribuer la richesse, d'une manière raisonnable et équitable, au sein de la société <sup>(10)</sup>.

L'approche adoptée par la directive, davantage axée sur le marché, se reflète clairement dans le dix-neuvième considérant, qui exclut à nouveau l'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix de l'appréciation du caractère abusif. Cependant, ce considérant montre également que l'article 4, paragraphe 2, de la directive doit être interprété d'une manière restrictive.

Tout d'abord, l'exclusion du rapport qualité/prix de l'appréciation du caractère abusif ne concerne que le «rapport» proprement dit et aucune autre clause relative au prix. Les clauses

<sup>(9)</sup> Arrêt de la BGH (Cour fédérale de justice) du 20 octobre 1976 (BB 1977, p. 59), Schulte, NSW 1974, p. 1217, Westphalie, DB 1977, p. 692. Reich pense même que la modification des clauses standardisées doit être favorable au consommateur (Reich ZVP 1978, p. 242).

<sup>(10)</sup> Wilhelmsson, T., JCP, p. 435.

stipulant le mode de calcul ou les modalités de modification du prix sont entièrement soumises à la directive.

Ensuite, le «rapport» qualité/prix n'est pas soumis en soi à un contrôle, mais il doit être pris en considération lors de l'appréciation de l'équité d'autres clauses. De cette manière, la directive admet un contrôle indirect du prix <sup>(11)</sup>!

Enfin, la notion d'«**objet principal du contrat**», que certains auteurs appellent «**dispositions essentielles**», doit donner lieu à une interprétation très restrictive. Le considérant cite l'exemple des contrats d'assurance, pour lesquels le problème se pose d'une manière particulièrement délicate.

Dans le cas des contrats d'assurance, l'objet principal du contrat est la couverture qu'il offre. Certains seraient donc tentés de soutenir qu'aucune clause liée à la définition du risque assuré ne peut être soumise à la directive <sup>(12)</sup>. Le considérant dit clairement le contraire. Il énonce deux conditions pour que ces clauses sortent du champ d'application de la directive: elles doivent définir ou délimiter *clairement* le risque assuré <sup>(13)</sup>, et les limitations de l'engagement qui en découle pour l'assureur doivent être «prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur». On aboutit alors à la conclusion suivante: pour éviter une appréciation de l'équité de leurs clauses contractuelles, les assurances proposant une couverture limitée doivent en avertir le consommateur et... être moins chères! L'application de ce raisonnement à tous les types de contrat permet de conclure que les écarts par rapport aux attentes légitimes des consommateurs doivent être clairement indiqués *et* que le prix doit être adapté en conséquence. De cette manière, la directive pourrait finalement permettre un certain contrôle des prix s'approchant du modèle nordique.

En réalité, le fait de soustraire les «dispositions essentielles» et le rapport qualité/prix à tout contrôle d'équité semble, dans une certaine mesure, contraire à la philosophie de la directive.

En fait, le contrôle établi par la directive se justifie par l'absence de négociation, celle-ci constituant la pierre angulaire de la légitimation du contrat, et non par le caractère standardisé des clauses contractuelles. Cette justification réside dans le fait que le consommateur ne peut pas avoir d'influence sur le contenu de la clause. Or les «dispositions essentielles», et en particulier les «prix», sont de moins en moins soumis à négociation dans le commerce moderne. Il ne faut donc pas qu'ils échappent à un certain contrôle d'équité, surtout dans les cas où la concurrence ne serait pas suffisamment forte, et le marché pas assez transparent, pour remédier à l'absence de négociation individuelle pour des contrats particuliers.

## 5. Questions

- La directive devrait-elle être plus explicite sur la notion de «professionnel»?
- Le champ d'application de la directive devrait-il être plus large (devrait-elle porter sur toutes les clauses contractuelles, et non seulement sur celles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle)?
- Les deux derniers paragraphes de l'article 3, paragraphe 2, devraient-ils être supprimés?
- L'article 4, paragraphe 2, devrait-il être modifié ou supprimé?

<sup>(11)</sup> Un prix excessif ne peut faire directement l'objet d'un contrôle d'équité; en revanche, une clause autorisant les hausses de prix, par exemple, pourrait être jugée abusive au motif que... le prix initial est trop élevé!

<sup>(12)</sup> Le critère pour établir ce qu'il faut considérer comme une «disposition essentielle» ne saurait être un critère de forme reposant sur la manière dont les clauses ont été rédigées (négative — exclusion de la responsabilité — ou positive — définition du risque couvert).

<sup>(13)</sup> Cette condition découle, comme nous l'avons vu, du texte de l'article 4, paragraphe 2, qui soumet l'exclusion du champ d'application à la condition d'une rédaction «claire et compréhensible».



## B. Rapport final

Le débat animé qui a eu lieu pendant cet atelier a porté, en grande partie, sur les principes de base de la directive. Il va de soi que le groupe ne pouvait être unanime sur des questions aussi fondamentales que le statut des contrats individuels et le rapport prix/prestations. Sur certains points, les discussions ont révélé des clivages entre les différentes traditions nationales concernant ces questions de base. Un certain nombre de propositions d'améliorations ont semblé toutefois recueillir davantage d'adhésion de la part du groupe.

Trois groupes de questions ont été examinés:

- la restriction du champ d'application de la directive aux clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle (article 3);
- l'exclusion des clauses portant sur l'objet principal du contrat et sur l'adéquation entre le prix et la rémunération (article 4, paragraphe 2);
- la définition du champ d'application de la directive aux articles 1<sup>er</sup> et 2, en particulier sa restriction aux relations avec les consommateurs.

Bien que ces trois questions aient été examinées séparément, il a été admis qu'elles sont étroitement interdépendantes. L'assouplissement de l'une des restrictions susvisées tendrait à accroître l'importance de l'autre.

D'une manière générale, on peut dire que les dispositions restreignant le champ d'application de la directive sont en quelque sorte surchargées. Différents moyens sont utilisés, du moins partiellement, pour atteindre le même objectif. Il semble inutile de maintenir en même temps ces trois restrictions. L'application simultanée de trois principes de restriction différents a réduit le champ d'application de la directive au minimum. Si l'on considère, par exemple, que le but principal de la directive est d'offrir une protection à la partie qui a été privée de son droit d'influencer le contrat, et si l'on ne se concentre que sur les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation, le champ d'application ne sera pas forcément limité strictement aux consommateurs. D'autre part, si le but est de protéger le consommateur, par définition plus faible, ce manque de protection paraît illogique.

Une autre remarque générale à ce sujet est que ces trois questions portent à la fois sur le contenu et sur la méthode à deux égards.

- Les participants à l'atelier semblent d'accord sur la nécessité d'une forme de protection — qui existe d'ailleurs dans la plupart des pays — pour des situations non couvertes pour l'instant, telles que les contrats individuels et les prix excessifs. Il s'agit seulement de savoir en quelque sorte si cette directive est l'instrument adéquat pour assurer cette protection. D'aucuns font valoir qu'elle relève d'autres domaines du droit privé ou du droit public. Pendant la discussion, il a été difficile de distinguer les interventions concernant le fond de celles concernant la méthode.
- Il s'agit aussi de choisir entre des solutions strictes et des solutions souples. Par exemple, dans les juridictions où les tribunaux peuvent exercer un contrôle sur les contrats individuels, l'obstacle de la rectification sera beaucoup plus grand. Faut-il alors utiliser une échelle souple, sachant que plus il y a de négociations et plus l'obstacle de la rectification est grand, ou un système bipolaire qui ne couvre que les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation et pas du tout les clauses négociées? Cette discussion concernant la flexibilité et la bipolarité s'applique à toutes les restrictions examinées pendant l'atelier. Un argument en faveur de la solution plus souple est qu'elle permet d'éviter une technicité juri-

dique inutile et des discussions dogmatiques sur la définition précise des conditions qui définissent le champ d'application.

Le point de vue de l'auteur du présent rapport sur les questions I et II figure dans le document plénier et n'est pas repris ci-dessous.

## 1. Clauses faisant l'objet d'une négociation individuelle

La discussion de base sur cette question a révélé des avis très partagés dans le groupe. Par exemple, les intervenants des pays nordiques (Danemark et Finlande), de la Grèce et de la France étaient favorables à la suppression de cette restriction, tandis que les intervenants allemands, espagnols et portugais estimaient qu'elle pouvait se justifier. Les points de vue exprimés par les intervenants correspondaient généralement assez bien à la situation du droit et aux traditions et arguments jugés importants dans leurs pays respectifs. Il semble politiquement impossible de parvenir à un accord sur la révision de la directive à ce sujet.

Il a été également relevé, au cours de la discussion, que l'intérêt pratique de cette restriction est négligeable puisque, de toute façon, les clauses des contrats conclus avec les consommateurs ne font pas l'objet d'une négociation individuelle. Dans une certaine mesure, cela est tout à fait vrai. Cependant, en ce qui concerne les dispositions essentielles du contrat, la situation peut être différente. Cette question est donc liée à cet égard aux problèmes en relation avec l'article 4, paragraphe 2, de la directive, abordés ci-après.

Les modalités de l'article 3 n'ont pas été examinées en détail. Il paraît toutefois évident que le deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article 3 est superflu et qu'il est même susceptible d'induire en erreur. Il ne cadre pas avec la définition du champ d'application de la directive. Celle-ci s'applique aux «clauses» qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation. La nature du contrat en tant que tel ne présente pas d'intérêt. Même si une clause seulement du contrat a été rédigée préalablement, la directive s'applique à celle-ci, conformément à la règle principale de l'article 3, paragraphe 1. Or la disposition de l'article 3, paragraphe 2, deuxième alinéa, pourrait donner l'impression que ce n'est pas le cas. C'est pourquoi cet alinéa devrait être supprimé ou modifié de façon à ne mentionner que «certains éléments d'une clause» et se terminer par les mots «malgré tout d'une clause rédigée préalablement».

La discussion a également révélé que la notion «n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle» était comprise de manières très diverses. Dans cette disposition, le sens exact de «négociations» n'est pas clair. Quel genre de négociation aurait-il fallu pour que la clause ait fait l'objet d'une négociation individuelle? D'après le libellé de l'article 3, paragraphe 2 (et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu), l'interprétation la plus raisonnable serait qu'il faut savoir si le consommateur a réellement pu ou non avoir une influence sur le contenu de la clause. Si tel n'a pas été le cas, la situation relèverait du champ d'application de la directive. Si une clause qui semble être une clause individuelle a, en fait, été rédigée préalablement et si le consommateur n'a pu avoir réellement une influence sur son contenu, la directive s'applique à celle-ci. Si le consommateur a dû choisir entre deux ou plusieurs possibilités rédigées préalablement — ou entracerpter ou renoncer à une clause — on ne saurait pas non plus parler de négociation individuelle.

Certains membres de l'atelier estimaient toutefois qu'il y avait eu, dans ces cas, des négociations individuelles, du moins lorsque les choix offerts au consommateur étaient réels. Vu les divergences entre les avis exprimés lors de l'atelier, il serait important que ce concept soit clarifié, par exemple, dans le rapport à élaborer.

Lors de la discussion, il a été proposé, notamment, qu'une clause ne soit considérée comme ayant fait l'objet d'une négociation que si elle a été modifiée, en fait, en faveur du consommateur.

## 2. Rapport prix/prestations

Une fois de plus, les avis des participants à l'atelier sur la question de la nécessité d'une restriction du champ d'application ont été partagés. Certains étaient favorables aux restrictions, d'autres pas; les arguments invoqués de part et d'autre étaient bien connus. Il a toutefois semblé que, sur ce point, la discussion a porté tant sur le choix de l'instrument adéquat que sur le contenu. D'aucuns ont déclaré que, même si le prix pouvait faire l'objet d'un contrôle dans des cas particuliers, ce contrôle ne devait pas être prévu dans la directive.

Cependant, une suggestion, qui a d'ailleurs reçu un certain appui lors de l'atelier, semble bien fondée: il faudrait supprimer la restriction concernant l'«objet principal du contrat» et ne mentionner, dans cet article, que l'adéquation entre le prix et la rémunération. Il existe plusieurs arguments à l'appui de cette modification.

Un premier argument en faveur de la restriction prévue à l'article 4, paragraphe 2, est que le rapport prix/prestations devrait être déterminé par le marché et que les tribunaux ne devraient pas intervenir pour modifier cet équilibre. Si c'est bien la raison qui a présidé à l'élaboration de l'article 4, paragraphe 2, une restriction concernant l'adéquation du prix est suffisante et l'exclusion de l'objet principal du contrat n'est pas nécessaire. En excluant déjà l'adéquation du prix, la directive exclut complètement le rapport prix/prestations.

Un deuxième argument en faveur de l'article 4, paragraphe 2, est que le prix et les dispositions essentielles sont examinés et même négociés par le consommateur au moment de la conclusion du contrat et ne devraient donc pas faire l'objet d'un contrôle. Cet argument n'est toutefois pas convaincant si l'on retient la restriction du champ d'application de la directive prévue à l'article 3 aux clauses ne faisant pas l'objet d'une négociation. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir à l'article 4, paragraphe 2, une restriction supplémentaire concernant l'objet principal du contrat. Deux moyens sont utilisés pour atteindre pratiquement le même objectif.

Enfin, dans le commerce moderne, il est rare que les «dispositions essentielles» fassent l'objet d'une négociation. Si le contrôle institué par la directive est justifié par l'absence de négociation, ces dispositions ne devraient donc pas échapper à un certain contrôle d'équité, surtout dans les cas où la concurrence n'est pas suffisamment forte et le marché pas assez transparent pour remédier à l'absence de négociation individuelle pour des contrats particuliers.

Si nous acceptons la proposition de supprimer de l'article 4, paragraphe 2, la référence à l'objet principal du contrat, nous éviterions une bonne partie des problèmes posés par la définition de la notion très obscure de l'objet principal du contrat (dispositions essentielles). Nous éviterions également les problèmes posés par des contrats comme les contrats d'assurance où pratiquement chaque disposition est liée au prix et pourrait être considérée comme une disposition essentielle.

## 3. Articles 1<sup>er</sup> et 2

Plusieurs problèmes ont été relevés en ce qui concerne les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> (et de l'article 2) relatives au champ d'application de la directive. La plupart étaient des problèmes d'interprétation relativement peu importants qui, seuls, ne devraient pas exiger des modifications de la directive. Ils pourraient être résolus par la jurisprudence; quelques conseils dans le rapport de la Commission pourraient s'avérer utiles à cet égard.

Si toutefois la directive devait être modifiée pour d'autres raisons, ces problèmes pourraient également être abordés.

On a examiné tout d'abord la notion de «consommateur». Il semble exister un large consensus sur le fait que la restriction du champ d'application aux personnes physiques [article 2, point b)] est trop étroite. Dans certaines juridictions en tout cas, ces règles s'appliquent aussi, par exemple, à certaines associations. Or la directive devrait s'appliquer à tous les non-commerçants, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales. Le fait que les produits aient été achetés par le consommateur en personne ou par une association ne devrait pas être un critère décisif.

Certains membres du groupe étaient aussi favorables à un élargissement supplémentaire du champ d'application, du moins aux petites entreprises. D'autres ont exprimé des doutes sur l'opportunité de cet élargissement qui avait été examiné à propos d'un grand nombre de directives sur le droit de la consommation. Il est évident que la solution adoptée, quelle qu'elle soit, devrait être cohérente avec le reste du droit de la consommation. L'existence de domaines d'application séparés pour chaque directive sur le droit de la consommation crée une confusion inutile.

Il a été proposé ensuite de remplacer, à l'article 1<sup>er</sup>, le mot «conclu» par «proposé» pour pouvoir déjà recourir aux procédures prévues à l'article 7 au moment où des clauses abusives sont proposées.

D'autre part, un manque de concordance entre les différentes versions linguistiques de la description de l'activité professionnelle a été relevé à l'article 1<sup>er</sup>. La version française utilise le terme «professionnel» et la version allemande le mot «*Gewerbetreibende*», tandis que la version anglaise parle de «*seller or supplier*». Aussi un participant anglais au moins était-il d'avis qu'au sens strict, la version anglaise ne s'appliquerait pas aux cas où l'acheteur est un commerçant. Il a été convenu que la directive devrait être interprétée au sens large pour couvrir également cette situation.

Certains participants se sont demandés aussi si l'utilisation du terme «biens» excluait l'application de la directive aux contrats d'achat de terrains. Il a été convenu que, pour ces contrats aussi, la directive s'appliquerait au sens large.

Enfin, la question a été posée de savoir si la directive était aussi applicable aux professions libérales telles que celles d'avocat ou de médecin. Les participants à l'atelier ont estimé que le terme «professionnel» ou «*seller and supplier*» s'appliquait évidemment aussi à ces professions.

# Workshop 2

## The application of the directive to the public services

*Chairman: Harriet HALL, NCC, United Kingdom*

### A. Preliminary document

#### 1. The text

Article 1(2) of the directive: ‘The contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the provisions or principles of international conventions to which the Member States or the Community are party, particularly in the transport area, shall not be subject to the provisions of this directive.’

Recital 13: ‘Whereas the statutory or regulatory provisions of the Member States which directly or indirectly determine the terms of consumer contracts are presumed not to contain unfair terms; whereas, therefore, it does not appear to be necessary to subject the mandatory statutory or regulatory provisions and the principles or provisions of international conventions to which the Member States or the Community are party.....’

Recital 14: ‘Whereas Member States must however ensure that unfair terms are not included, particularly because this directive also applies to trades, business or professions of a public nature.’

Recital 16: ‘Whereas the assessment, according to the general criteria chosen, of the unfair character of terms, in particular in sale or supply activities of a public nature providing collective services which take account of solidarity among users, must be supplemented by a means of making an overall evaluation of the different interests involved.....’

#### 2. The INC/NCC study

It is clear from the directive that it was intended that there should not be unfair terms in contracts for public services. The assumption was made that Member States would not allow statutory or regulatory requirements to contain unfair terms. On this basis Member States were allowed to exclude provisions which resulted from a mandatory statutory or regulatory requirement from assessment under the directive. However according to Recital 14, Member States must ensure that unfair terms are not included, and this applies to terms in public-service contracts.

In a study for the Commission undertaken by Institut National de la Consommation in France and National Consumer Council in the United Kingdom in 1997, an examination was made of the application of the directive to public service contracts in water, electricity, postal services, telecommunications, gas, train, bus/metro and health services in public hospitals in all Member States.

The study found that there were numerous terms which could be regarded as unfair. Some of these had their origin in statutory or regulatory requirements. It also found terms which could be

regarded as unfair to an individual, but which might be considered fair because of the collective interests of public service users. The lack of transparency of terms in public service contracts was frequently a cause of unfairness.

The study also looked at the implementation of the directive. In some Member States, because the directive is a minimum directive, Article 2(1) was not implemented. In others it was. However, there was no obvious correlation between the incidence of unfair terms in public service contracts and whether Article 2(1) was implemented or not. In a majority of Member States there were other obstacles to tackling unfair terms in public service contracts. The legal obstacles were problems with hierarchy of laws, lack of a contractual relationship or a separation of powers between administrative and contractual law. The study did not look at practical obstacles, such as lack of resources to challenge terms.

There did seem to be evidence that in Member States where there was pre agreement between consumer representatives and the industry on the content of standard-form contracts in public services, the problems were less.

In English Article 1(2) talks about 'mandatory statutory or regulatory requirements', in French 'les dispositions législatives ou réglementaires impératives'. The study also looked at what interpretation was given to these phrases, in particular the meaning of the word 'mandatory/impératives'. In most Member States the meaning was not considered. Where it was, the word was considered redundant. There is, however, an argument that the word was inserted to require the provisions of regulations or statutes to be necessary to protect the public good. This interpretation was not considered anywhere.

### 3. The workshop

The purpose of the workshop is to let participants know what obstacles there are to using the directive in the area of public services, but also give ideas for action. It is hoped that we will produce suggestions for amendments to the directive where appropriate. Depending on the experience of those contributing it may be possible to share good practice and clever ideas.

There are four areas we will examine:

- (a) **An outline of the INC/NCC study:** how it was done, what it looked at and what its conclusions were.
- (b) **Consumers' actual problems and the sort of unfair terms which turn up:** the INC/NCC report gives a huge number of examples. We will look at some of these, but it would be useful to have other examples and a view of what the most important problems facing consumers in the area of public services are. It would be helpful if those attending this workshop could do some research in advance, with consumer representative bodies in their own countries. This session might also discuss what examples can be found of when it is acceptable to incorporate terms which may be unfair to individuals, because they are needed to protect the interests of the public in general who rely on the services. (see Recital 16)
- (c) **Experience of and problems with challenging terms:** what cases have been brought? (Research by those attending to find out what cases have been brought would be helpful) What right of redress do individuals have? And groups? What financial restraints are there? What is good practice? What is bad? Do any countries have pre-vetting of contracts for fairness? Can consumer groups influence terms before they are put in contracts, for example are they consulted by regulators before standard terms are approved? If so, is there a problem when terms they consider unfair remain? Would consumer groups have to go to court to challenge unfair terms or is there any other mechanism?
- (d) **Legal problems:** the implementation of the directive and the inclusion/exclusion of Article 1.2. The approach of different Member States. The meaning of the word impératives/mandatory in Article 1.2. Does it have any meaning beyond statutory/regulatory? If it does, how does one

judge whether a term is mandatory? How to identify a statutory or regulatory requirement? How to identify the influence of regulations and statute which gives rise to the unfair term. Is it sufficient that a regulator has approved the terms? Is there a contract? If there is not how can the directive apply? Problems with hierarchy of norms/separation of powers appear.

The final session of the workshop will deal with matters not otherwise covered and try to suggest recommendations about removing the obstacles which make the directive difficult to use in this area.

#### 4. Additional remarks from the Health and Consumer Protection DG.

It is worth noting that the restriction, contained in Article 1(2) on the scope of application of the directive, concerning mandatory provisions of the law of the Member States and international conventions to which either the Member States or the Community are a party, was not foreseen in the initial or amended proposal of the Commission.

The impetus for Article 1(2) came from ‘pre-dating’ national law. Its direct forbearer is the German paragraph 8 *AGB-Gesetz*. Nevertheless, it has to be interpreted on its own merits as a piece of Community law.

It is also important to stress that, in order to evade scrutiny under the directive it is not sufficient that a contract term reflects any national legal provisions: **these provisions have to be ‘mandatory’** <sup>(1)</sup>. The scope of the attribute ‘mandatory’ is spelt out in the 13th Recital of the directive, which indicates that the wording ‘mandatory or regulatory provisions’ in Article 1(2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established, i.e. ‘opt-out law’.

Hence the expression ‘mandatory’ does not reflect the traditional distinction in civil law between ‘binding’ and ‘opt-out’ provisions. Rather, the term ‘mandatory’ concerns the special nature of statutory provisions exempted from the directive.

The underlying rationale is that these provisions establish solutions which the legislator has deemed to be the most equitable ones — either in that the parties are not entitled to derogate from the provisions (‘binding’ rules in the civil law approach), or that the provisions are intended to regulate the rights and obligations of the parties unless they agree otherwise (‘opt-out’ rules in the civil law approach). The expression ‘mandatory’ might also be approximated to the case-law of the European Court of Justice in regard to barriers to free movement and could be interpreted in the light of the *Cassis de Dijon* <sup>(2)</sup> case-law.

**The exemption of these mandatory provisions is justified in the 13th Recital, which states that these provisions ‘are presumed not to contain unfair terms’.** The spirit of the directive was that provisions reflecting mandatory or regulatory provisions were supposed to be free of unfair contract terms and therefore could be excluded from the scope of the directive, provided that Member States would ensure that unfair terms are not included (14th Recital).

In the context of Article 1(2) it is important to notice that public services, which clearly fall within the definition of ‘seller or supplier’ in Article 2(c) <sup>(3)</sup>, cannot be excluded by reference to ‘mandatory provisions’ simply because the relation between the services provided and the client is regulated by regulations and not by a contract. This view is supported by the annex to the *procès-verbal* to the directive regarding Article 2 on the notion of contract: **‘The Commission states that the concept ‘contract’ as referred to in Article 2 also covers transactions by which supplies or services are provided in a regulatory framework’.**

<sup>(1)</sup> In French ‘*impératif*’ and in German ‘*bindend*’.

<sup>(2)</sup> Case C-120/78, *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979) ECR 649.

<sup>(3)</sup> The directive covers all contracts between a consumer and a seller or supplier, the latter being defined as any natural or legal person who is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly or privately owned. Therefore, public services fall within the scope of the directive.

Moreover, there is a line of reasoning to submit 'statutory and regulatory provisions' themselves to scrutiny under the terms of the directive, in case they do contain unfair terms to the detriment of the consumer. The already quoted 13th Recital places the exception from unfair term control under the condition that those regulations are themselves fair. It is only because of the presumption of fairness that it does not appear to be necessary to subject these terms to a fairness test <sup>(4)</sup>. The 14th Recital reiterates this obligation requiring Member States to remove unfair terms from public services. But these provisions would be useless if there is no antidote for abuse. The directives' *effet utile* can only be effectively guaranteed if regulations are subjected to its control. Different consequences can be drawn from these considerations.

**One outcome** could be that Article 1(2) is automatically not applicable on plainly unfair contractual terms and, thus, the directive (and the implementing law) will be applicable to these terms even when they reflect national statutory or regulatory provisions.

**Another outcome** could be that even if the contractual terms themselves will not be submitted to the unfairness test (and the consumer will then not be protected), the Commission could control directly the 'fairness' of the Member States' legal provisions and if appropriate, take Member States to court under Article 169 EC-Treaty <sup>(5)</sup> procedure.

The experience in various Member States shows that obstacles remain to control public service contracts and that national courts restrain themselves from controlling public service contractual terms. Entire sectors of consumer contracts are thus excluded from the unfair contract terms control. In order to encourage clearly the actors involved to control terms in public service contracts, whether reflecting non-mandatory, mandatory or regulatory terms, should the directive, in particular Article 1.2, be modified and if so, in which direction?

This question is even more important in the context of privatisations, since many of them have moved out of the 'State sector' and are now operating as commercial, or semi-commercial undertakings?

Should a specific type of control be foreseen for consumer public service contractual terms?

In this context, should the presumption regarding statutory or regulatory provisions be maintained (Recital 13)?

P.S. The study undertaken by the European Commission on the application of the directive on public regulations governing certain areas of supply services (supply of water, electricity, and gas via pipeline, postal and telecommunication services, public transport and health services) can be found, in French, on the Health and Consumer Protection DG Internet site: [europa.eu.int/comm/dg24](http://europa.eu.int/comm/dg24).

---

<sup>(4)</sup> NB: the wording: '...therefore ...'

<sup>(5)</sup> Now Article 226 of the Treaty of Amsterdam.



## B. Final report

The purpose of the workshop was to examine the obstacles that exist to using the directive in the area of public services, to share ideas for action and to produce suggestions for amendments to the directive.

The workshop started with a summary of the results of a study done for the Commission by INC (France) and NCC (UK) on the application of Directive 93/13/EEC to public services. This report, dated November 1997, is available on the Health and Consumer Protection DG website. The report looked at the extent to which eight public services (water, gas, electricity, telecommunications, post, trains, bus/metro and health services in public hospitals) had been privatised and how they were regulated. It looked for and found a large number of unfair terms in most sectors and found that the terms corresponded to a great extent with the most frequent problems reported in the services by consumer organisations. This is in contrast to the reported cases on the CLAB database, where, unless public service cases are covered in the 'other' category, they do not appear at all.

The Commission in its comments on the application of the directive to public service contracts focuses on the meaning of the exemption given by Article 1.2 'the contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions shall not be subject to the provisions of this directive.' It comments on Recital 13, which states that such terms 'are presumed not to contain unfair terms'. It suggests that, as a result of the combination of the article and the recital, either that the exemption given by Article 1.2 should not apply where terms are plainly unfair or that the Commission itself could challenge such terms which are unfair under Article 169 proceedings.

### Problems

The workshop discussion revealed that the meaning of the words in Article 1.2 were not the major problem in this area.

Many Member States had not implemented Article 1.2 and yet in those countries obstacles remained to challenging unfair terms in public service contracts. It appears that at least in some Member States the provision was not implemented, not in order to give consumers a higher degree of protection, but because constitutional obstacles had the same effect as the article. Evidence of such obstacles were given by respondents from France, Italy, Spain, Germany, Sweden, Ireland and the United Kingdom.

The situation in France was described as follows. There are some services which are public administrative services. There is no contract. There are rules, but no contract. Examples of such services are hospitals, police, highways. The State is liable for 'grave misdemeanours' but this bears no relevance to the directive. There are other services, called industrial and commercial services, which are subject to private law; there are contracts and terms which may be unfair. The terms may be the result of legislation and regulations imposed by the public authority on the provider. Where this is the case, a consumer cannot use the directive to challenge terms in the civil courts. The administrative courts may be able to question the terms, but not on the basis of the directive, and in any case the administrative courts cannot award damages.

The problems in Member States represented fell into three categories, although they all relate to the same basic problem, that public services have traditionally been a matter of public, and not private law. In some countries all three problems are involved.

1. No contract exists between consumers and the provider of the service; the services are provided under administrative provisions. Despite the fact that the Commission says that 'the

concept 'contract' as referred to in Article 2 also covers transactions by which supplies or services are provided in a regulatory framework' (annex to the process-verbal to the directive), this is not sufficient constitutionally to bridge the gap between services, provided on an administrative basis and those provided under contract.

2. Where there is a contract, and where there is not, it may be possible to challenge terms which reflect statutory or regulatory requirements, but not in the civil courts and not using the provisions of the directive; rather, constitutional rules on challenging the use of powers by the State will be involved. This is the preserve of the administrative courts and an individual consumer will not be able to get individual redress.

3. A 'hierarchy of norms' prevents the use of the provisions of the directive to challenge legislation which establishes the terms under which the service is provided. Recital 14 says that Member States 'must however ensure that unfair terms are not included, particularly because this directive also applies to trades business or professions of a public nature.' This requirement runs counter to the hierarchy of norms presumption which is that legislation is 'automatically' in the public good.

Two subsidiary problems were raised:

- (a) transparency: in many cases it is not possible to find out what the terms on which the service is provided are. In the INC/NCC study this was particularly true of health services in public hospitals, but it is not confined to this area;
- (b) even where Article 1.2 has been implemented, the use of the word 'reflects' allows even a very loose relationship between the legislative requirements and the terms to give the protection afforded by the article.

The fundamental problem identified was one which appears commonplace. Where a State legislates, it is presumed to legislate in the public good. This was the basis for the exemption given by Article 1.2 and for the presumption made in Recital 13. But this view, at least in most public services, can no longer be upheld. The liberalisation and privatisation of public services have caused many of them to be seen as contracts but public administrative law has not caught up. The directive tries to shoehorn public law into private law, but because of the constitutional situation in many instances it does not work. Article 1.2 is irrelevant in this respect. Nor is it relevant whether a 'public service' is provided by an entity which is public or privately owned.

Some Member States have developed ways of dealing with the problem. In Nordic countries and the Netherlands there is pre-vetting of contracts. In Greece an individual consumer in a civil case can challenge a term which stems from a statutory requirement on the grounds that it breaches the duty of Greece to abide by European legislation, i.e. the directive. In the United Kingdom, where services are open to competition it is made clear that they are provided under contract. The independent regulator has a role in approving contracts. In France two recent decisions of the Conseil d'Etat (29 June 1994 and 10 July 1996) appear to attempt to deal with the separation of powers between the two types of court.

## Solutions

The workshop looked at possible solutions. It is clear that it is not enough to tinker with Article 1.2, for example by defining the meaning of the word 'mandatory' to indicate that it must incorporate some meaning related to the general good. The directive itself must make it clear that terms in public service contracts are intended to be subject to control and then delineate the circumstances in which terms, which in ordinary circumstances might be seen as unfair, could be seen as fair because they incorporate some wider requirement relating to the good of the general public and to services provided on a collective basis.

Several possible solutions were proposed, not necessarily mutually exclusive.

1. Public service contracts should be vetted in advance by an independent regulator. The regulator would take into consideration the wider public good and the need to run the service on a collective basis, where appropriate. This would give meaning to the word 'mandatory', i.e. terms would be 'mandatory' only if they had been so approved. This solution leaves a problem if the regulator approves terms which are nevertheless seen as unfair and means to challenge them would be needed.

2. Article 1.2 should exclude the use of the word 'regulatory'. This is how the article was implemented in Italy. Administrative regulations would, therefore, be subject to scrutiny, leaving statutory provisions exempt. Challenging statutory provisions would run into 'hierarchy of norms' type difficulties. However, the legislator should be under an obligation when it passed statutory provisions which appeared unfair to justify them. While it was thought that this would help, it was felt that this gave too much power to the State to decide to make statutory provisions where it wanted to limit the operation of the directive. It was also felt that this made every challenge a matter for the consumer to take on the State, and that it would be difficult to show that the statutory provisions breached the directive, since the directive only says how to assess what is unfair, not what actually is unfair.

3. Public services should be divided into those which are truly provided on a collective basis and those which are provided for users as clients. The distinction would not make a distinction between those privately and publicly owned. Services which fell within the second category would be deemed to be subject to control as if they were contracts. Criteria to decide between the two, which the court would apply, would be needed in the directive. The assessment of unfairness would take into consideration the needs of the mass of users of essential public services, set against the needs of individuals.

4. For those services which are truly collective services, a further directive might be required which could require that consumers were given transparent indication of the rules governing the provision of the service and requiring redress from the provider if the rules were broken by the provider.

5. It was felt that in any case the directive ought to put positive obligations relating to transparency on providers. It is not sufficient to say that terms are unfair if they irrevocably bind the consumer to terms he has no opportunity of becoming acquainted with before the conclusion of the contract (annex paragraph (i)). There should be a positive requirement that the terms on which a service is given are available for inspection by the consumer.

If these more radical solutions are not possible the following suggestions should be examined:

1. There is a problem in that there are matters which appear in the recitals which would be more helpful in the text of the directive. Recitals 13, 14 and 16 make fundamental statements of principle which should be incorporated into the matters required by the directive.

2. The word 'reflects' should be amended to make clear that statutory or regulatory requirements require the use of the terms, not merely permit their incorporation.



# Atelier 2

## L'application de la directive aux prestations des services publics

*Président: Harriet Hall, NCC, Royaume-Uni*

### A. Document préparatoire

#### 1. Texte de la directive

Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive: «Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou des principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive.»

Considérant 13: «considérant que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives; que, par conséquent, il ne s'avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des principes ou des dispositions de conventions internationales dont les États membres ou la Communauté sont partis...»

Considérant 14: «considérant, toutefois, que les États membres doivent veiller à ce que des clauses abusives n'y figurent pas, notamment parce que la présente directive s'applique également aux activités professionnelles à caractère public».

Considérant 16: «considérant que l'appréciation, selon les critères généraux fixés, du caractère abusif des clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public fournissant des services collectifs prenant en compte une solidarité entre usagers, nécessite d'être complétée par un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués».

#### 2. Étude de l'INC/NCC

Il ressort clairement de la directive que son objectif était de supprimer les clauses abusives dans les contrats relatifs aux services publics. L'hypothèse retenue implique que les États membres n'admettent pas la présence de clauses abusives dans les dispositions législatives ou réglementaires. Sur cette base, les États membres sont autorisés à ne pas soumettre aux dispositions de la directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives. Cependant, d'après le considérant 14, les États membres doivent veiller à ce que des clauses abusives n'y figurent pas, et ce principe s'applique aux clauses dans les contrats de services publics.

Une étude réalisée en 1997 pour la Commission par l'Institut national de la consommation en France et le National Consumer Council au Royaume-Uni examine dans chaque État membre l'application de la directive dans les contrats des services publics relatifs à l'eau, à l'électricité, aux postes et télécommunications, au gaz, aux transports ferroviaires, au bus/métro et à la santé dans les hôpitaux publics.

L'étude a révélé que nombre de clauses pouvaient être considérées comme abusives. Certaines d'entre elles trouvaient leur origine dans des exigences législatives ou réglementaires impératives. L'étude a également mis en évidence des clauses qu'un consommateur pourrait estimer abusives, mais qui peuvent être considérées comme non abusives en raison des intérêts collectifs des usagers des services publics. Le caractère abusif des clauses était souvent dû, entre autres, au manque de transparence des clauses dans les contrats des services publics.

L'étude a également examiné la mise en œuvre de la directive. Dans certains États membres, la directive étant une directive minimale, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, n'a pas été mis en œuvre, mais tel n'est pas le cas dans d'autres pays. Il n'existe cependant aucun lien manifeste entre l'incidence des clauses abusives dans les contrats de services publics et la mise en œuvre éventuelle de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2. Dans la majorité des États membres, d'autres obstacles à la suppression des clauses abusives dans les contrats de services publics ont été observés. Les obstacles juridiques sont des problèmes relatifs à la hiérarchie des lois, au manque de lien contractuel ou à une séparation des pouvoirs entre le droit administratif et le droit des contrats. L'étude n'a pas examiné les obstacles d'ordre pratique, tels que le manque de ressources nécessaires pour contester les clauses abusives.

Il semblerait que les problèmes soient moindres dans les États membres où un accord préalable a été conclu entre les représentants des consommateurs et l'industrie quant au contenu des contrats types dans les services publics.

La version anglaise de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, fait mention de «*mandatory statutory or regulatory provisions*», tandis que, en français, il est question de «dispositions législatives ou réglementaires impératives». L'étude a également examiné l'interprétation donnée à ces expressions, notamment le sens des termes «*mandatory*» et «impératives». La plupart des États membres ne se sont pas interrogés sur leur signification, et le terme était considéré comme redondant dans cette phrase. On peut cependant considérer qu'il a été introduit pour indiquer que les dispositions législatives ou réglementaires sont indispensables à la protection du bien public. Cette interprétation n'a été retenue dans aucun pays.

### 3. Atelier

L'atelier vise à informer les participants des obstacles existant dans le cadre de la mise en œuvre de la directive dans le domaine des services publics et à leur indiquer également des lignes d'action possibles. Il faut espérer que nous élaborerons des propositions de modification de la directive s'il y a lieu. En fonction de l'expérience des participants, il sera peut-être possible de partager de bonnes pratiques et des idées intéressantes.

Nous nous pencherons sur quatre questions:

- 1) **un résumé de l'étude INC/NCC:** les méthodes de travail, l'objet de l'étude et ses conclusions;
- 2) **les problèmes concrets des consommateurs et le type de clauses abusives existant:** le rapport de l'INC/NCC fournit un grand nombre d'exemples à ce sujet. Nous en examinerons certains, mais il serait bon de disposer d'autres exemples et de savoir quels sont les problèmes les plus importants auxquels sont confrontés les consommateurs dans le domaine des services publics. Il serait utile que les participants à cet atelier effectuent quelques recherches préalables avec les organisations de représentants des consommateurs de leur pays. Cette partie de l'atelier permettra probablement aussi d'examiner des cas dans lesquels la présence de clauses pouvant être abusives pour les consommateurs peut être acceptée, du fait qu'elles sont nécessaires pour protéger les intérêts du public qui utilise les services en général (voir considérant 16);
- 3) **les cas de clauses litigieuses et les problèmes rencontrés:** Quels cas ont été mis en évidence (il serait utile que les participants recherchent quels cas ont été recensés)? De quel

droit à réparation les consommateurs et les groupes disposent-ils? Quelles sont les restrictions financières existantes? Quelles sont les bonnes pratiques? Quelles sont les «mauvaises pratiques»? Certains pays prévoient-ils une vérification préalable du caractère équitable des contrats? Les associations de consommateurs peuvent-elles avoir une influence sur les clauses avant qu'elles ne figurent dans les contrats et sont-elles par exemple consultées par les autorités de réglementation avant l'approbation des clauses types? Dans l'affirmative, y a-t-il un problème lorsque les clauses qu'elles considèrent comme abusives ne sont pas supprimées? Les associations de consommateurs doivent-elles tenter une action en justice pour s'attaquer aux clauses abusives ou peuvent-elles procéder autrement?

- 4) **les problèmes juridiques:** mise en œuvre de la directive et inclusion ou non de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2; approche adoptée par les différents États membres; signification du terme «impératives»/«*mandatory*» dans l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2: signifie-t-il plus que «législatives»/«réglementaires»? Dans l'affirmative, comment juger si une clause est impérative? Comment reconnaître une exigence législative ou réglementaire? Comment déterminer l'incidence des dispositions réglementaires ou législatives dont découle la clause abusive? Suffit-il que les autorités de réglementation aient approuvé les clauses? Existe-t-il un contrat? Dans la négative, comment la directive peut-elle être applicable? Problèmes liés à la hiérarchie des normes/la séparation des pouvoirs?

La session finale de l'atelier sera consacrée aux questions qui n'ont pas encore été abordées, et les participants s'efforceront d'élaborer des recommandations concernant la suppression des obstacles à la mise en œuvre de la directive dans ce domaine.

#### 4. Autres remarques de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs

Il convient de remarquer que la restriction prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, quant au champ d'application de la directive concernant les dispositions impératives de la législation des États membres et les dispositions des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, ne figurait pas dans la proposition initiale ou modifiée de la Commission.

La législation nationale a joué un rôle précurseur dans la mesure où elle est à l'origine de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2. L'influence la plus forte a été celle de l'article 8 de la loi allemande sur les conditions générales (AGB-Gesetz). L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, doit cependant être interprété séparément comme un texte de la législation communautaire.

Il est également important de souligner que pour soustraire une clause contractuelle à un examen dans le cadre de la directive, il ne suffit pas qu'elle reflète une disposition juridique nationale quelconque: **ces dispositions doivent être «impératives»** <sup>(1)</sup>. La portée du terme «impératives» est expliquée dans le considérant 13 de la directive qui indique que l'expression «dispositions législatives ou réglementaires impératives» figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu; il s'agit autrement dit de l'option de sortie («*opting out*»).

L'expression «impératives» ne reflète donc pas la distinction faite habituellement dans le droit civil entre les dispositions «contraignantes» et les «options de sortie». Le terme «impératives» concerne plutôt la nature spécifique des dispositions réglementaires non couvertes par la directive.

Le principe sous-jacent est que ces dispositions prévoient des solutions que le législateur a considérées comme étant les plus équitables, dans la mesure où les parties concernées ne

(1) En anglais «*mandatory*» et en allemand «*bindend*».

peuvent déroger aux dispositions (règles «contraignantes» du point de vue du droit civil) ou bien du fait que les dispositions visent à régir les droits et les obligations des parties, sauf décision contraire de celles-ci (règles de l'«option de sortie» en droit civil). Un rapprochement peut également être fait entre l'affaire de la Cour de justice des Communautés européennes concernant les obstacles à la libre circulation et l'utilisation du terme «impératives» qui pourrait être interprété à la lumière de l'affaire du Cassis de Dijon <sup>(2)</sup>.

**Les motifs de l'exemption de ces dispositions impératives sont donnés par le considérant 13 qui indique que ces dispositions «sont censées ne pas contenir de clauses abusives».** D'après l'esprit de la directive, les dispositions reflétant des dispositions législatives ou réglementaires sont censées ne pas contenir de clauses contractuelles abusives et peuvent donc être exclues du champ d'application de la directive, à condition que les États membres veillent à ce que des clauses abusives n'y figurent pas (considérant 14).

Dans le contexte de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, il importe de noter que les services publics, qui sont de toute évidence couverts par la définition du «professionnel» mentionnée à l'article 2, point c) <sup>(3)</sup>, ne peuvent être exclus du champ d'application de la directive en référence aux «dispositions impératives» uniquement du fait que le lien entre les services fournis et le client est régi par des règlements et non par un contrat. Cette conception est étayée par l'annexe au procès-verbal de la directive concernant l'article 2 sur la notion de contrat: «**La Commission précise que la notion de contrat inclut également les transactions par lesquelles sont effectuées des fournitures ou des prestations dans un cadre réglementaire.**»

**En outre, les «dispositions réglementaires et législatives» peuvent elles-mêmes être soumises à un examen conformément à la directive, au cas où elles comportent des clauses abusives défavorables au consommateur.** Le considérant 13 déjà cité autorise l'exemption de contrôle des clauses abusives à condition que ces dispositions ne contiennent elles-mêmes aucune clause abusive. Il ne s'avère pas nécessaire d'examiner le caractère abusif éventuel de ces clauses uniquement du fait qu'elles sont censées ne pas en contenir <sup>(4)</sup>. Le considérant 14 réaffirme cette obligation en exigeant des États membres qu'ils suppriment les clauses abusives des contrats de services publics. Ces dispositions seraient néanmoins inutiles s'il n'y avait pas de remède contre le caractère abusif des clauses. L'effet utile de la directive ne peut être garanti efficacement que si les textes réglementaires sont soumis à son contrôle. Ces considérations peuvent avoir des répercussions diverses.

**D'une part**, il pourrait en résulter que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, soit systématiquement inapplicable aux clauses de contrats manifestement abusives et que, en conséquence, la directive (et la loi de transposition) puisse s'appliquer à ces clauses même lorsqu'elles reflètent des dispositions législatives ou réglementaires nationales.

**D'autre part**, il pourrait s'ensuivre que même si le caractère abusif des clauses contractuelles elles-mêmes n'est pas examiné (et dans ce cas le consommateur ne sera pas protégé), la Commission pourrait contrôler directement le caractère équitable des dispositions juridiques des États membres et, le cas échéant, saisir la Cour de justice dans le cadre de la procédure prévue à l'article 169 du traité CE <sup>(5)</sup>.

Dans les différents États membres, il a été constaté qu'il subsiste des obstacles au contrôle des contrats de services publics et que les tribunaux nationaux limitent leurs contrôles des clauses

<sup>(2)</sup> Affaire C-120/78, Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Recueil 1979, p. 649.

<sup>(3)</sup> La directive couvre tous les contrats entre un consommateur et un professionnel, ce dernier étant défini comme toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée. Les services publics relèvent donc du champ d'application de la directive.

<sup>(4)</sup> NB: l'expression: «[...] par conséquent [...]»

<sup>(5)</sup> Désormais article 226 renuméroté par le traité d'Amsterdam.



contractuelles relatives aux services publics. Des secteurs entiers faisant l'objet de contrats avec les consommateurs ne sont donc pas soumis au contrôle des clauses contractuelles abusives. Afin d'encourager explicitement les acteurs concernés à contrôler les clauses figurant dans les contrats de services publics, qu'il s'agisse de clauses reflétant des dispositions non impératives, impératives ou législatives, la directive, et en particulier l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, devrait-elle être modifiée? Dans l'affirmative, quelle devrait être cette modification?

Cette question est d'autant plus importante dans le contexte des privatisations, nombre d'organismes publics ayant quitté le secteur public et opérant désormais sous la forme d'entreprises commerciales ou semi-commerciales.

Faudrait-il prévoir un type de contrôle spécifique pour les clauses contractuelles des contrats de services publics destinés aux consommateurs?

Dans ce contexte, faut-il maintenir l'hypothèse concernant les dispositions législatives ou réglementaires (considérant 13)?

*NB:* l'étude réalisée par la Commission européenne et consacrée à l'application de la directive aux prestations de services publics dans certains secteurs (eau, électricité, gaz distribué en réseau, postes et télécommunications, transports publics et santé) peut être consultée en français sur le site Internet de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs: [europa.eu.int/comm/dg24](http://europa.eu.int/comm/dg24).

## B. Rapport final

Cet atelier avait pour but d'examiner les obstacles à la mise en œuvre de la directive dans le domaine des services publics, de favoriser un partage d'idées sur les actions possibles et de suggérer des modifications à apporter à la directive.

Cet atelier a commencé par un résumé des résultats d'une étude sur l'application de la directive 93/13/CEE aux services publics, réalisée pour la Commission par l'INC (France) et le NCC (Royaume-Uni). Ce rapport, daté de novembre 1997, peut être consulté sur le site Internet de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs. Il examine dans quelle mesure huit services publics (eau, gaz, électricité, télécommunications, postes, trains, bus/métro et services de santé dans les hôpitaux publics) ont été privatisés et comment ils sont réglementés. Il a recherché et trouvé, dans la plupart de ces secteurs, un grand nombre de clauses abusives et constaté qu'elles correspondaient, dans une large mesure, aux problèmes les plus fréquents signalés dans ces services par les organisations de consommateurs. Ces problèmes ne correspondent pas à ceux signalés dans la base de données CLAB où, à moins qu'ils ne soient classés sous la rubrique «Divers», les problèmes avec les services publics n'apparaissent nulle part.

Dans ses commentaires sur l'application de la directive aux contrats de services publics, la Commission se concentre sur le sens de l'exemption accordée par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, «les clauses contractuelles qui reflètent les dispositions législatives, réglementaires et administratives ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive». Elle formule des observations sur le considérant 13 qui déclare que ces clauses «sont censées ne pas contenir de clauses abusives». Cela donne à penser que la combinaison entre l'article et le considérant précités a pour conséquence soit que l'exemption accordée par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, ne devrait pas s'appliquer lorsque les clauses sont manifestement abusives, soit que la Commission elle-même pourrait attaquer des clauses abusives dans le cadre de la procédure prévue à l'article 169.

### Problèmes

La discussion tenue pendant cet atelier a révélé que ce n'était pas le sens des mots de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, qui constituait le principal problème dans ce domaine.

Un grand nombre d'États membres n'avaient pas mis en œuvre l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, mais il subsistait pourtant encore dans ces pays des obstacles à la contestation des clauses abusives dans les contrats de services publics. Il semble que, du moins dans certains États membres, cette disposition n'ait pas été mise en œuvre, non pour offrir aux consommateurs un niveau de protection plus élevé, mais parce que les obstacles constitutionnels avaient le même effet que cet article. Des personnes interrogées en Allemagne, en Espagne, en France, en Irlande, en Italie, en Suède et au Royaume-Uni ont fourni des preuves de l'existence de ces obstacles.

La situation en France est la suivante: un certain nombre de services sont des services administratifs publics qui sont soumis à une réglementation, mais ne font pas l'objet de contrats. Il s'agit, par exemple, des services fournis par les hôpitaux, la police, les autoroutes. L'État peut être tenu responsable en cas de «délits graves», mais cela ne présente pas d'intérêt du point de vue de la directive. Il existe aussi d'autres services, les services industriels et commerciaux, qui sont soumis au droit privé et font l'objet de contrats dont les clauses peuvent être abusives. Ces clauses peuvent découler de la législation et des réglementations imposées au prestataire par les collectivités locales. Dans ce cas, le consommateur ne peut pas invoquer la directive pour les attaquer devant des tribunaux civils. Les tribunaux administratifs pourraient les mettre en cause, mais pas en se fondant sur la directive, et ils ne peuvent en aucun cas allouer des dommages-intérêts.

Les problèmes qui se posent dans les États membres représentés sont classés en trois catégories, bien que le problème de base, à savoir que les services publics ont toujours relevé du droit public et non du droit privé, soit le même. Dans certains pays, on rencontre ces trois problèmes.

1. Il n'existe pas de contrat entre les consommateurs et le prestataire de services; la fourniture des services est régie par des dispositions administratives. Bien que la Commission précise que la notion de contrat visée à l'article 2 «inclut également les transactions par lesquelles sont effectuées des fournitures ou des prestations dans un cadre réglementaire» (annexe au procès-verbal de la directive), cela ne suffit pas constitutionnellement pour combler l'écart entre les services fournis sur une base administrative et ceux fournis dans le cadre d'un contrat.

2. Qu'il existe ou non un contrat, des clauses reflétant des prescriptions législatives ou réglementaires peuvent être attaquées, mais pas devant les tribunaux civils ni en se prévalant des dispositions de la directive; il faudra invoquer des règles constitutionnelles pour mettre en cause la manière dont l'État a utilisé ses compétences. Ces questions relèvent de la compétence des tribunaux administratifs et un consommateur isolé ne pourra pas obtenir de réparation individuelle.

3. Le principe de la «hiérarchie des normes» empêche d'invoquer les dispositions de la directive pour attaquer un texte de loi fixant les conditions de prestation d'un service. Le considérant 14 déclare que «les États membres doivent veiller à ce que des clauses abusives n'y figurent pas, notamment parce que la présente directive s'applique également aux activités professionnelles à caractère public». Cette prescription est contraire à la présomption de la hiérarchie des normes selon laquelle toute législation est «d'office» dans l'intérêt public.

Deux problèmes subsidiaires ont été soulevés:

- transparence: dans bon nombre de cas, il n'est pas possible de déterminer quelles sont les clauses applicables à la fourniture de services. Dans l'étude INC/NCC, c'était surtout le cas pour les services de santé dans les hôpitaux publics, mais ce problème se rencontre aussi dans d'autres domaines;
- même lorsque l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, a été mis en œuvre, l'utilisation du mot «reflètent» permet un lien très large entre les prescriptions législatives et les clauses pour accorder la protection prévue à cet article.

Le problème fondamental identifié est un problème qui paraît banal. Lorsqu'un État légifère, il est censé légiférer dans l'intérêt public. Ce postulat est à la base de l'exemption accordée par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et de la présomption du considérant 13. Cependant, cette position ne saurait être maintenue plus longtemps, du moins dans la plupart des services publics. La libéralisation et la privatisation des services publics ont fait que bon nombre de ceux-ci sont considérés comme des contrats, mais le droit administratif public n'a pas suivi. La directive tente d'assimiler le droit public au droit privé, mais, en raison de la situation constitutionnelle, il y a beaucoup de cas où cela ne marche pas. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, n'est pas pertinent à cet égard, qu'un service public soit fourni par une entité privée ou publique.

Un certain nombre d'États membres ont élaboré des moyens pour aborder ce problème. Dans les pays nordiques et aux Pays-Bas, il y a un contrôle préalable des contrats. En Grèce, dans une affaire civile, un consommateur individuel peut attaquer une clause découlant d'une prescription législative en faisant valoir qu'elle contrevient à l'obligation de la Grèce de se conformer à la législation européenne, c'est-à-dire à la directive. Au Royaume-Uni où les services sont soumis à la concurrence, il est clairement établi qu'ils sont fournis dans le cadre d'un contrat. Le législateur indépendant joue un rôle dans l'approbation des contrats. En France, deux décisions récentes du Conseil d'État (29 juin 1994 et 10 juillet 1996) semblent essayer de traiter la séparation des pouvoirs entre ces deux types de juridictions.

## Solutions

L'atelier a examiné les solutions possibles. Bien entendu, il ne suffit pas de remanier le paragraphe 2 de l'article 1<sup>er</sup>, par exemple en définissant le sens du terme «impératives» pour indiquer

la nécessité d'une relation avec le bien public. La directive elle-même doit préciser clairement que les clauses des contrats de services publics doivent être soumises à un contrôle et délimiter les cas où des clauses qui, dans d'autres circonstances, pourraient être considérées comme abusives, peuvent être considérées comme équitables étant donné qu'elles intègrent une prescription plus large relative au bien public et à la fourniture de services sur une base collective.

Plusieurs solutions possibles qui ne s'excluent pas forcément les unes les autres ont été proposées.

1. Les contrats de services publics devraient être préalablement contrôlés par une autorité de réglementation indépendante. Celle-ci tiendra compte de la notion plus large du bien public et, le cas échéant, de la nécessité de diriger le service sur une base collective. Cela donnerait un sens au terme «impératives». En d'autres termes, des clauses ne seront impératives que si elles ont été approuvées comme telles. Un problème subsistera toutefois si l'autorité approuve des clauses qui sont néanmoins considérées comme abusives et qu'on ne dispose pas des moyens nécessaires pour les attaquer.

2. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, devrait exclure le terme «réglementaires». C'est d'ailleurs ainsi que cet article s'applique en Italie. Les règlements administratifs feraient donc l'objet d'un contrôle, laissant de côté les dispositions législatives. La mise en cause de dispositions législatives rencontrerait des problèmes analogues à ceux posés par la hiérarchie des normes. Cependant, le législateur qui adopte des dispositions législatives paraissant abusives devrait être tenu de les justifier. Cela pourrait, certes, être utile, mais on a estimé que l'État aurait alors trop de latitude pour élaborer des dispositions législatives lorsqu'il voudrait limiter la mise en œuvre de la directive. On a aussi estimé que cela conduirait le consommateur à s'en prendre à l'État pour chaque contestation et qu'il serait difficile de prouver que ces dispositions législatives ont enfreint la directive puisque celle-ci indique seulement comment évaluer le caractère abusif, mais pas ce qui constitue un abus.

3. Les services publics devraient être répartis en deux catégories: ceux réellement fournis sur une base collective et ceux fournis aux utilisateurs en tant que clients. Il n'y aurait pas de distinction entre services privés et services publics. Les services de la seconde catégorie seraient réputés être soumis à un contrôle comme s'il faisaient l'objet de contrats. La directive devrait établir les critères que les tribunaux devraient appliquer pour décider à laquelle de ces deux catégories on a affaire. Pour évaluer le caractère abusif, il faudrait prendre en compte les besoins de l'ensemble des usagers des services publics essentiels par rapport aux besoins individuels.

4. Pour les services qui sont vraiment des services collectifs, on pourrait avoir besoin d'une autre directive qui pourrait exiger que les consommateurs soient clairement informés des dispositions régissant la fourniture du service en question et impose au prestataire qui enfreint ces règles une obligation d'indemnisation.

5. Il a été estimé que la directive devrait de toute façon imposer aux prestataires une obligation de transparence. Il ne suffit pas de dire que des clauses sont abusives si elles lient irrévocablement le consommateur alors qu'il n'a pas eu l'occasion de les examiner avant la conclusion du contrat [annexe de la directive, point i)]. Il faudrait exiger concrètement que le consommateur puisse prendre connaissance des conditions de fourniture du service.

Si ces solutions plus radicales ne sont pas possibles, il conviendrait d'examiner les propositions suivantes:

- un problème réside dans le fait que certains points des considérants seraient plus utiles s'ils figuraient dans le texte de la directive. Les considérants 13, 14 et 16 font des déclarations de principe fondamentales qui devraient être intégrées dans les points prévus par la directive;
- le terme «reflètent» devrait être modifié pour indiquer clairement que les prescriptions législatives ou réglementaires exigent la présence de ces clauses et ne se contentent pas de permettre leur insertion.

# Workshop 3

## The definition of ‘unfairness’: the application of Article 3(1), 4(1) — and of the annexes of the directive

*Chairman: Vincenzo ROPPO, Professor at the University of Genoa, Italy*

### A. Preliminary document

#### 1. Scope of the paper

This paper aims at pointing out, in a very concise way, the basic issues to be discussed in Workshop 3.

It implies that ‘unfairness’ of a term in consumer contracts is defined by the directive at two different levels:

- at the level of general requirements for a contractual term to be ‘unfair’, as assessed in Article 3(1), and implemented in Article 4(1), and
- at the level of an analytical description of typical unfair terms, as listed in Annex 1 to the directive.

Such peculiar structure of the relevant definition suggests a certain number of topics the workshop should deal with from two main standpoints:

- the standpoint of legislation, introduced into each national legal system to comply with the directive, and
- the standpoint of judicial and administrative practice.

#### 2. The list of typical unfair terms in Annex 1, and its relationship to the general definition of ‘unfairness’

In this area, the following questions should be discussed.

**2.1.** What is the legal meaning of the list of contractual terms in Annex 1? Does it mean that a term included in the list is necessarily unfair? Or just that it may be unfair, provided that it actually shows the basic requirements for unfairness? If so, does the burden of proof lie on the consumer (requested to give evidence that the term causes a significant imbalance contrary to good faith) or on the supplier (requested to give evidence that the term does not cause such imbalance)?

**2.2.** Have national legislators, when defining in their own languages the terms of Annex 1, been strictly faithful to the language of the directive? Or have they more or less changed such definitions? If so, are the changes rather consumers’ interest oriented, or, on the contrary, suppliers’ interest-oriented? (Assuming, of course, that the broader the definition and scope of terms are, the larger is the umbrella protecting consumers, and vice-versa).

**2.3.** What about judicial and administrative practice, as to the same problem said above?

**2.4.** To what extent, in judicial and administrative practice, is a term not included in Annex 1

likely to be nevertheless considered as unfair (according to the general definition of 'unfairness')?

**2.5.** And reverse: to what extent, in judicial and administrative practice, is a term included in Annex 1 likely to be nevertheless considered as not unfair (on the ground that it does not comply with the requirements of the general definition of 'unfairness')?

**2.6.** Finally (as a result of answers to 2.4 and 2.5): to what extent is litigation on unfair terms focused on terms which are included in Annex 1, and to what extent does it cover terms not included in the annex?

### **3. The general definition of 'unfairness': basic requirements (Article 3(1))**

According to the directive, a contractual term is unfair subject to two requirements:

- that 'it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer';
- that such 'significant imbalance' is 'contrary to the requirement of good faith'.

So, the discussion may focus on the two basic requirements: the significant imbalance, and the infringement of good faith.

#### **3.1. On the significant imbalance**

Do national legislations and/or judicial and administrative practices provide for specific and reliable standards of judgment in order to assess when there is an 'imbalance' in the contract? In other words: what is the ideal 'balance', in respect of which one may deem the contract is affected by an 'imbalance', due to the term therefore suspected to be unfair? And how to measure the extent of the imbalance? That is: how to mark the border between an imbalance which is 'significant' (thus leading to consider the term causing it as unfair) and an imbalance which is not 'significant' (thus leading to deny the unfairness of the term)?

#### **3.2. On the infringement of good faith**

Is this really a separate requirement for unfairness, other than, and in addition to, the requirement of significant imbalance? Or is it just an automatic qualification of the first — and substantially only — requirement of significant imbalance (in the sense that every significant imbalance is necessarily contrary to the requirement of good faith)?

To put the question in other words: is it conceivable that a term causing a significant imbalance in the contract may be considered not unfair because such imbalance is on some grounds consistent with the requirement of good faith?

### **4. The general definition of 'unfairness': complementary standards (Article 4(2))**

The assessment of the unfairness of a particular term in a particular contract may depend on three other standards, provided for in Article 4(2) of the directive:

- 4.1.** The *nature of the goods or services* supplied by the contract;
- 4.2.** The *circumstances* attending the conclusion of the contract; and
- 4.3.** The *interdependence* of the term suspected to be unfair to other terms of the same contract, or of another contract connected with it.

Discussion in the workshop should focus on how the three criteria are enforced in judicial and administrative practice, trying to answer to a basic question: is operation of the three standards more likely to render unfair a term which otherwise would not be unfair, or rather to clean from unfairness a term that — should the test not apply — would deserve to be considered unfair?

### **5. The burden of proof as to unfairness**

Does the burden of proof as to the requirements for unfairness lie on the consumer or on the supplier, according to general principles of civil procedure?

How may the general pattern of allocation of the burden be affected by the fact that the specific term making object of the proof is one of those listed in Annex 1 to the directive? (A question which is obviously connected with question 1.1).

## 6. Is there a need for a review of the directive?

Five years is probably not long enough a time to evaluate whether a legal body as complex as the directive on unfair terms in consumer contracts is a tool fit for the purpose, or it needs changes in order to work better.

However, a preliminary debate can be started on this subject, at least pointing out the fields of future, deeper investigations.

### 6.1. Contents of the list of unfair terms

Should any new term, now not included in the list, be inserted into it? Should any term, now included in the list, be cancelled from it? Should any term, now included in the list, receive a different formulation?

### 6.2. Legal nature of the list of unfair terms

Should the list (now a grey list) be changed into a black list? Or should it be split into two different lists — one grey and one black?

Supposing that the list becomes a ‘black’ one, what about the general definition of ‘unfairness’? Is it to be maintained, as a source for *judicial* qualification of unfairness of other terms, not included in the list (in addition to the *legal* qualification of unfairness of the terms included in the list)? Or would it be unnecessary, assuming that the only terms deserving to be considered as unfair are those included in the (black) list?

## 7. Additional remarks from the Health and Consumer Protection DG

- First, it has to be noted that the implementation of the annex has caused some difficulties in Scandinavian Member States: the Commission’s view is that the annex should be implemented entirely in the text of the implementing legislation to facilitate its invocation in a lawsuit before national courts. In other words, the list is ‘indicative’ for the judge but not for Member States. Some Scandinavian countries were reluctant to implement the list. They argued that the annex does not need to be transposed explicitly in the law, but that it is sufficiently transposed if it is accessible in the legislative preparatory works. It is also interesting to note that, in these countries there was fear that an indicative list would lower the protection of consumers: their argument is that the judge could be tempted to stick to the list and not to use the general unfairness criteria.
- On the question raised in Point 2.2(3) above on the infringement to the principle of good faith, it has to be stressed that the principle of good faith is, in our view, not a supplementary requirement that must be added to the criterion of ‘significant imbalance’. There is no way that a contractual term which causes ‘a significant imbalance in parties’ rights and duties arising under the contract to the detriment of the consumer’ can conform with the requirement of ‘good faith’.
- The question of complementary standards to assess the unfairness of terms raised in Point 3 above calls for several comments:

On the criteria relating to the ‘circumstances attending the conclusion of the contract’, it is difficult to understand what this has to do with the control of the fairness of non-negotiated contractual terms. In fact, this criteria remained from the Commission’s proposal which intended to cover also the individually negotiated contractual terms.

On the time criteria, Article 4(1) states thereby that the examination of a contract term as to its fairness or unfairness is to be measured at the time the contract was concluded. Following

the wording of Article 4(1) changes in the circumstances that occur later, whether they are positive or negative for the consumer, shall not play a role. It is, therefore, easy to understand that a term which was unfair at the time of the conclusion of the contract remains unfair even when the disadvantage for the consumer disappears because of a change in the circumstances. This is consistent with the Community's policy to avoid that unfair terms are included in contracts. Less easy is to decide whether subsequent changes that would render a contractual term unfair can nevertheless be considered in the evaluation process besides the apparently opposite meaning of Article 4(1). That is at least not disputable as long as the possibility of unfairness was foreseeable at the time of the conclusion but was neglected by the parties as unlikely to come up. In such cases the seeds of unfairness were sown at the appropriate time. But in cases where the changes of conditions were not foreseeable it is difficult to sustain that the term would become unfair <sup>(1)</sup>.

This was very much under discussion in the Nordic doctrine because the time criteria does not exist in Scandinavian law <sup>(2)</sup>. In any case this criteria can, in principle, be implemented in a more stringent way to ensure a better degree of protection for consumers, as allowed by Article 8 of the directive (minimum harmonisation).

Finally, the criteria of Article 4(1) may not be relevant in the context of the injunctions procedure of Article 7. In fact, Article 4(1) begins by the wording: 'without prejudice to Article 7 [...]'.  
 • On the question of the burden of proof as to unfairness raised in point 4 of the discussion paper, the first question one may have is whether we can really speak of burden of proof in this context. Is the qualification of a term as being unfair not a question of law rather than a question of fact?

It is interesting to note that a case is pending before the European Court of Justice on the question whether Directive 93/13/EEC allows national judges, when they are asked to examine the admissibility of a claim, to assess *ex officio* the unfairness of any term included in the contract. A Spanish national court raised this question since the jurisprudence in Spain was not very clear on that point. Our view is that, even if Directive 93/13/EEC does not foresee explicitly that its provisions can be assessed *ex officio* by national jurisdictions, the directive imposes, or at least allows, this interpretation *ex officio*.

The question related to the interpretation of a term listed in the annex of the directive, raised in point 4 of the discussion paper, is linked to the value of this list for the evaluation of the unfairness of a term. If it is true that a contractual term corresponding to one of the examples in the annex is not automatically unfair, but the contrary is even more true: **a contractual term, which seems to be allowed by the annex, is not automatically fair.**

One concrete example could help to understand our last statement: Littera 1.f states that are normally unfair, the terms which have the object or effect of 'authorising the seller or supplier to dissolve the contract on a discretionary basis where the same facility is not granted to the consumer'. One should not deduce from that provision that a term giving to both parties a right to dissolve the contract on a discretionary basis cannot be unfair. That conclusion would be entirely wrong because in a lot of cases the correlation of rights to both parties is only formal: the consumer has no real interest to dissolve the contact and the term provokes therefore a significant imbalance between the rights and obligations of the parties.

<sup>(1)</sup> Traditionally, another civil law concept will provide remedies for these cases: the *rebus sic standibus* implied term.

<sup>(2)</sup> Wilhelmsson, T., JCP, pg 435.



## B. Final report

### Foreword

Workshop 3 gave rise to a lively exchange of views and polite differences of opinion. While this underlined the quality, relevance and effectiveness of discussions, it nonetheless complicated somewhat the rapporteur's task.

### 1. The list of clauses suspected of being unfair (Annex 1)

#### *1.1. The importance of the subject*

Most of the discussion focused on the list of clauses given in Annex 1. This is by no means surprising. While it is true that defining unfairness is at the heart of the rules on unfair clauses in consumer contracts, the definition of unfairness is itself based on the list of clauses in the annex. This list in fact represents the first and the essential reference point in answering the questions: what is unfairness? when are there grounds for considering a clause as unfair? The discussion on the annex thus touches on the heart, as it were, of the new rules introduced by the directive.

#### *1.2. The transposition of the list by the Member States*

The discussion brought out the existence of two positions on this point. The minority position — represented by the Scandinavian countries — maintains that it is neither fair nor appropriate for national legislations implementing the directive to explicitly incorporate the list, arguing, first, that in the absence of formal incorporation the list would nevertheless be relevant to preparatory work and could thus be used as a criterion for interpreting the law, and, secondly, that to codify it explicitly might ultimately diminish the level of consumer protection because courts and administrative bodies competent for application would be tempted to stick rigidly to the clauses listed and this would make it difficult to consider unfair any clauses not included in the list.

Discussion/negotiation is in progress on this point between the Commission and the Nordic countries which have so far refused to transpose the list into their national legislation.

Most of the participants in the workshop took the opposite view. In line with this majority position, Article 3.1 of the directive stipulates for the Member States the obligation, and not the option, to incorporate the list: and to incorporate it comprehensively without the possibility of omitting any of the clauses it contains (although the option of making national additions to the annex remains open, adding further clauses suspected of being unfair). The margin of appreciation which the provision allows for ('an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair') is intended for the bodies competent for actual implementation and not for the legislators for whom the list is binding (as a minimum requirement).

The value of the list as an 'educational instrument' in enhancing and refining the perception of unfairness in those responsible for interpretation was also stressed.

An instance was mentioned in which the transposition of the list into national legislation led to a weakening of the level of consumer protection. Portugal, even prior to the directive, had legislation on unfair clauses in consumer contracts which also included contract clauses relating to financial services, treating these clauses in the same way as clauses in any other consumer contract. Following the entry into force of the directive, Portugal amended the law and introduced for the clauses in financial contracts the more flexible approach (thereby weakening the level of protection for the consumer) provided for in point 2 of the annex.

On this point, certain participants at the workshop criticised the prominence given by the directive to financial contracts and suggested that the annex be amended to eliminate point 2. However, this was a theme specific to Workshop 6.

### **1.3. The nature of the list**

Much of the discussion on the list focused on its nature: 'grey' list or 'black' list. A list of clauses which can quite simply be considered unfair (but which on the basis of an examination of the actual instance may also prove not to be unfair). Or a list of clauses to be considered necessarily unfair, whereby if the clause under scrutiny is a typical instance in relation to the clauses contained in the list, there can be no hesitation in condemning it and there is no way it can avoid being considered unfair.

In both the letter and the spirit of the directive, the list in the annex is undoubtedly a 'grey' list. However, as the directive is based on the principle of minimum protection (Article 8), there is nothing to prevent Member States from transforming the list in the annex from a 'grey' list into a list which is altogether or partly 'black', which would guarantee consumers a higher level of protection.

Some Member States have taken this option (partly on the basis of laws issued before the directive). Examples are Germany, Austria and Portugal, who introduced legislation based on the dual-list model: certain clauses considered to be particularly dangerous and disadvantageous for the consumer are 'black'-listed, and their unfairness is automatic and inevitable; other clauses considered not so detrimental are 'grey'-listed with the result that once actually subjected to scrutiny such clauses might, depending on the circumstances, prove not only potentially but actually unfair or, on the contrary, may be exonerated of the charge of unfairness.

Another point is that the comparison between the legislations of the different Member States shows that there is not full concordance between them on the precise meaning of the 'grey' list. The criteria on the basis of which a clause in the list can be subjected to scrutiny whereby it may be judged not to be unfair are not perfectly identical in the various systems which adopt the dual-list model.

In any event, the discussion in the workshop revealed the existence of widespread sympathy for the dual-list model and brought out the widely-shared proposal that the directive could be usefully amended by transforming certain of the clauses in the annex (at the moment uniformly 'grey') into 'black' clauses. For instance, many agreed that a clause of the kind referred to in letter (a) of the annex would warrant a 'black' label.

The discussions also threw up two specific operational items of information as to how a 'black' list can be concretely established through amendments to the directive. The first is that the choice of clauses to be included in the 'black' list should be based on painstaking observation of the actual situation and contractual practices, and on ongoing monitoring of developments relating thereto, in order to be able to identify the clauses which in various market sectors constitute the most serious and most widespread *de facto* threat to consumers. For the purposes of this recognition and evaluation, the consumer associations could play an invaluable role. The second is that in order to change part of the annex into a 'black' list the mere transposition — or, as has been pointed out, simply changing 'labels' — would not be enough in that it would leave the current wording of the relevant clauses unchanged. It would, on the contrary, be best to reword them so as to limit the use of flexible concepts and terms, e.g. 'excessive', 'unreasonable', which by implication offer wide discretionary interpretation in law and are hardly compatible with the notion of a 'black' list.

### **1.4. Coexistence of the list with general criteria of unfairness**

All those taking part in the workshop agreed that while the list of clauses suspected or which could be suspected of being (or which indeed are) unfair is crucial to the smooth operation of rules to protect consumers, the general criteria on unfairness, in relation not to any specific clause, but potentially any clause (even if not included in any list) are also very important.

Accordingly, these criteria should be retained in the directive and in the legislation of the Member States.

Article 3(1) of the directive makes it clear that there are two such criteria: the criteria of significant imbalance and the criteria of anything being contrary to the requirement of good faith.

## **2. Significant imbalance**

This criterion is central and fundamental to the general definition of unfairness under Article 3(1): a clause is regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations stemming from the contract.

Be that as it may, certain Member States have not transposed it into their internal legislation. An example is Portugal, which bases the evaluation of unfairness exclusively on the criterion of good faith.

The debate on the criterion of significant imbalance was not particularly fruitful. No proposals or significant experience relating to its practical application emerged. The only useful item of information for circumscribing the concept of 'imbalance' concerned the parameter of ideal 'balance' as a reference point for observing the existence of an 'imbalance'. It was agreed that this parameter be included in the legal instruments relating to the type of contract in question. This, however, does not solve the problem for the types of contract which are not regulated by law. Moreover, the debate did nothing to establish the dividing line between a 'significant' imbalance and a 'non-significant' imbalance. The debate dealt with the criterion of significant imbalance mainly in indirect terms. The focus was mainly on how the criterion of imbalance coexists and interacts with the other general criterion — good faith — which was given more attention during the debate.

## **3. Good faith**

### **3.1. Introduction**

The criterion of good faith, along with the theme of the list of clauses, is what generated the widest and liveliest discussions, the debate being pursued not only at operational level, but also at theoretical level.

### **3.2. The theoretical level**

As regards the theory, many impassioned contributions were made to the question as to whether the criterion of good faith is substantially homogeneous in the different legal systems in Europe or has different meanings and contents therein, making them so far removed from one another as to make common application a problem.

The criterion of good faith undoubtedly seems somewhat alien to the tradition of the Scandinavian systems, whereby the legislation in those countries, promulgated in implementation of the directive, bases the general definition of unfairness exclusively on the criterion of significant imbalance and contains no reference to good faith (the exact opposite of Portuguese legislation which disregards the criterion of imbalance and restricts the definition of unfairness to the criterion of good faith alone).

There was a particularly interesting comparison between the German tradition and the British tradition. The German participants at the workshop emphasised the specific historical and cultural roots of the principle of *Teur und Glauben* (242 BGB), maintaining that it has a meaning which is different from that of good faith in the common-law tradition. The United Kingdom participants in turn claimed the increasing importance which the principle of good faith has in British contract law and illustrated its meanings (including in relation to the concept of reasonableness, fairness and conscionability). The Chairman's feeling was that the debate did not bring out any differences between good faith in the continental tradition and good faith in

the British tradition which was so radical and substantial as to endanger common application of the concept at the European level.

### **3.3. The operational level**

For this level, the discussion focused on the relationship between good faith and significant imbalance.

One participant at the workshop maintained that the two criteria should operate independently of one another: a clause is unfair if it results in significant imbalance or if it is contrary to the requirement of good faith. A Danish case was quoted in which the clause did not objectively generate imbalance but was considered by the court to be unfair because contrary to the principle of good faith in that it was worded in such a way as to give the consumer a distorted and inaccurate idea of his rights. It was accordingly suggested that while the criterion of imbalance would be one way of protecting against substantial unfairness in clauses, good faith would protect consumers rather against procedural unfairness. The debate on this point highlighted that in actual fact in the definition of unfairness the substantial aspect and the procedural aspect are often interlinked. Letter (i) of the annex and Article 4(2) of the directive are examples, where the criterion of transparency directly affects the unfair nature of the clause.

But the discussion focused essentially on the possibility that the application of the criterion of imbalance and that of good faith could produce diverging results. More specifically, the question is: if a clause gives rise to significant imbalance, can the criterion of good faith avoid its being deemed unfair by demonstrating that even if imbalanced it is not contrary to the principle of good faith (e.g. because good faith implies that account must be taken of any circumstance or element in the contract which is capable of cancelling out the imbalance generated by the clause under consideration)?

The official position of the Health and Consumer Protection DG, set out in point 7 of the Introductory Paper of Workshop 3, rules out this possibility. Its view is that any clause which generates significant imbalance is always — automatically and by definition — contrary to the principle of good faith and can therefore never under any circumstances be considered as not unfair simply because it complies with the criterion of good faith.

The main aim of this position is clearly political, viz. to avoid the risk that the criterion of good faith becomes a potentially harmful criterion for consumers and reduces the level of protection afforded them. The chairman, while sharing this objective, nevertheless made a point of stating that The Health and Consumer Protection DG's position was hardly compatible with the text of Article 3(1), which indicates clearly the two criteria of imbalance and the failure to comply with the requirement of good faith as cumulative conditions both of which must exist if the clause is to be considered unfair. In any event, if this position were to materialise, the result would be that the reference to good faith would have no effective legal value but a purely literary, symbolic or rhetorical value. Moreover, it is difficult to deny that the criterion of good faith is positively incorporated in the other additional criteria of Article 4(1), for which it represents the guiding principle.

### **3.4. The additional criteria as criteria for the application of the principle of good faith**

Article 4(1) sets out certain additional criteria to be applied along with the fundamental criteria listed in Article 3(1) when seeking to establish whether a clause is unfair or not. This evaluation must take account of the nature of the goods or services envisaged in the contract, the circumstances in which the contract was concluded, the other clauses of the contract or of another different contract linked with that which contains the clause in question.

These additional criteria are clearly derived from the principle of good faith. Let us imagine that one of the clauses in a 10-clause contract gives rise *per se* to significant imbalance. By virtue of the criterion which stipulates that all the other clauses of the contract must be considered, the clause in question can nevertheless avoid the label of unfairness if it emerges that the nine remaining clauses are by and large significantly imbalanced in favour of the consumer, who thereby receives substantial advantages. The same result could be arrived at even without using

Article 4(1) but only applying the criterion of good faith: in our example the clause under examination is intrinsically imbalanced but is not contrary to the requirement of good faith; indeed, good faith makes it necessary to take due account, over and above the individual clause, of the contract in its entirety and it is possible to arrive at a balanced contractual outcome which makes it possible to rule out unfairness.

So the problem is not to determine whether or not the criterion of good faith can affect the evaluation of unfairness (based fundamentally on the criterion of imbalance). There is no doubt that it does affect it. The problem is rather to see whether the criterion of good faith affects the evaluation of unfairness only through the additional criteria of Article 4(1), or also beyond the application of these criteria (as, let us repeat, the text of Article 3(1) would seem to allow).

#### **4. The burden of proof**

The reference to the additional criteria set out in Article 4(1) is useful in addressing the matter of burden of proof — which the workshop also discussed — concerning the unfair nature of a clause.

On this point, too, the Health and Consumer Protection DG has expressed a fairly clear position. It implies that, strictly speaking, there is no problem concerning burden of proof, because the unfair nature of a clause is not a matter of facts to be substantiated by the parties concerned, but a matter of law which the court must independently decide upon according to the rules of law (*iura novit curia*).

Unfairness is therefore very much a matter of law, but potentially may depend on elements of fact which the court may not know and this becomes a matter for burden of proof for one or the other side which may want the clause to be declared unfair or not unfair as the case may be. Here are a few examples. If the seller or supplier wishes to avoid a clause which is intrinsically imbalanced being declared unfair, he may seek to convince the court that this imbalance is offset — according to the additional criterion of interdependence — by a different contract between the same parties, linked to the first and very advantageous to the consumer. However, it is up to him to prove the existence of this linked contract. The Austrian representative on the panel said that in Austria the criterion for the unfairness of clauses is stricter (and therefore it is easier to settle the issue as to whether a clause is unfair or not) when the seller or supplier is acting in a monopoly position: if the consumer wishes to use to his own advantage this more stringent definition of unfairness, it is up to him to provide the proof that the other party is a monopolist.

In the Italian system stemming from the implementation of the directive the significance of the list transposed from the annex relates precisely to the distribution of the burden of proof. If the clause in question corresponds to a clause on the list, it is not necessarily unfair but merely presumed to be unfair. It is possible that it may ultimately prove not to be unfair (so in Italy this list is 'grey'); but the burden of proving that it is not unfair falls upon the seller or supplier. If, on the other hand, the clause under consideration is not included on the list this does not rule out its being declared unfair, but in this case the burden of proof is on the consumer.

Those taking part in the discussion largely agreed with this picture. The point was also made that the problem of burden of proof could be eliminated to a large extent if the 'grey' list were replaced by a 'black' list comprising clauses described in terms which make the specific circumstances of an actual case virtually irrelevant.

#### **5. The influence of price on the evaluation of unfairness**

The workshop discussed whether and to what extent consideration of the price paid by the consumer can affect the evaluation of the unfairness of the contractual clauses. The starting point is the rule in Article 4(2) according to which the evaluation of unfairness may not relate to price (provided it is expressed clearly and intelligibly: but this last reference to the principle of transparency is a specific subject of Workshop 4). In the light of this rule, and of all the other

criteria relating to the unfairness of clauses, the discussion produced an outcome which can be summarised as follows.

- Price cannot be assessed *per se*: specifically, the clause fixing the price cannot be considered unfair purely because it fixes a price which is too high (in relation to the item or the service applied to the consumer).
- On the other hand, as a matter of principle it cannot be ruled out that price affects the evaluation of the unfairness of another clause relating to an element other than price: specifically, it cannot be ruled out that a contract clause, although giving rise to significant imbalance, be deemed concretely not to be unfair given that the contract provides for a particularly advantageous price to the consumer. This possibility is specifically provided for in the recitals; and more generally it stems from the application of the additional criteria of interdependence.
- Price can have a greater impact if it emerges that the seller or supplier has offered the consumer a choice between different contractual combinations for the same item or service, each of which is characterised by a different imbalance between price and clauses (average price with average level of contractual protection afforded the consumer via the clauses; price which is higher but with clauses offering the consumer better protection; lower prices with clauses offering less protection for the consumer).
- The impact of price on the evaluation of unfairness is neither inevitable nor automatic, but purely possible and hypothetical. The fact that the contract involves a price which is lower than the market price cannot *per se* be enough to absolve the clauses of the accusation of unfairness. This can be achieved (or not be achieved as the case may be) only on the basis of a painstaking and reasoned assessment of the circumstances of the specific case. In addition, certain clauses should never under any circumstances be exonerated of the accusation of unfairness on the grounds of the price being lower; an example is the clause described in letter (a) of the annex, and, in general, any clauses which would warrant being converted into 'black' clauses.
- Similarly, a higher than market price can make the evaluation of the unfairness of clauses more severe.

## 6. Conclusions

The workshop highlighted that the text of the directive, where it concerns the definition of unfairness, places both addressees and users of the directive before a number of uncertainties, unclear points, gaps and imprecisions. In reaction to this, consumer protection watchdogs might be tempted to use a concept familiar to them and define the directive as a 'defective product'.

However, the point was also made that the responsibility for this cannot be laid at the door of those who drafted the text. They, in their defence, can invoke the need to strike a balance between differing legal traditions (a need all the more difficult in a context such as this which touches on the heart of the venerable concept of contract); and the need — perhaps even more tricky — to mediate between the different and opposing organised interests which through their lobbying have substantially influenced the preparatory work. In particular, it was observed that even if the directive itself is slightly flawed, the results it has generated in the individual Member States are definitely positive.

This should be the ultimate yardstick. A directive cannot be assessed in absolute terms by the level of legal perfection it succeeds in expressing *per se*, but rather in relative terms with regard to the progress it succeeds in making compared with previously existing situations in the Member States.

Thanks to the directive, the previous situations in the Member States with regard to consumer contracts have made substantial progress from the point of view both of the objective of harmonisation and the objective of raising the overall level of consumer protection. Obviously it can and must be improved, but this must be done on the basis of the recognition that Directive 93/13/EEC is a sound directive.

# Atelier 3

## La définition du caractère abusif: l'application des articles 3, paragraphe 1, et 4, paragraphe 1, et les annexes de la directive

*Président: Vincenzo Roppo, professeur à l'université de Gênes, Italie*

### A. Document préparatoire

#### 1. Portée du document

Ce document vise à déterminer, de manière très concise, les questions de fond qui seront débattues lors de l'atelier 3.

Cela implique que le «caractère abusif» d'une clause d'un contrat conclu avec un consommateur soit défini par la directive à deux niveaux distincts:

- au niveau des critères généraux permettant de déclarer une clause «abusive», tels qu'indiqués à l'article 3, paragraphe 1, et appliqués à l'article 4, paragraphe 1;
- au niveau d'une description analytique des clauses abusives caractéristiques, figurant à l'annexe 1 de la directive.

Cette structure particulière de la définition en question évoque un certain nombre de thèmes, que l'atelier devrait traiter selon deux points de vue essentiels:

- le point de vue législatif, introduit dans chaque ordre juridique national pour se conformer à la directive;
- du point de vue des pratiques judiciaires et administratives.

#### 2. Relation entre la liste des clauses abusives caractéristiques énumérées à l'annexe 1 et la définition générale du «caractère abusif»

Dans cette matière, les questions suivantes devraient faire l'objet d'une discussion.

**2.1.** Quelle est l'interprétation légale de la liste des clauses contractuelles figurant à l'annexe 1? Cela signifie-t-il qu'une clause présente sur cette liste soit nécessairement abusive? Ou seulement qu'elle pourrait être déclarée abusive si elle remplit les critères élémentaires permettant de la juger comme telle? Dans l'affirmative, la charge de la preuve incombe-t-elle au consommateur (à qui il appartient de prouver que la clause introduit un déséquilibre significatif contraire à l'exigence de bonne foi) ou au prestataire (à qui il appartient de prouver que cette clause n'introduit pas un tel déséquilibre)?

**2.2.** Lorsqu'ils ont transposé dans leur propre langue les clauses de l'annexe 1, les législateurs nationaux se sont-ils conformés de manière fidèle au langage de la directive? Ou ont-ils modifié dans une certaine mesure les définitions? Dans l'affirmative, ces modifications vont-elles davantage dans le sens des intérêts des consommateurs ou, au contraire, de ceux des prestataires (en supposant, évidemment, que plus la définition et la portée des clauses sont générales, plus vaste sera la protection des consommateurs, et inversement)?

**2.3.** Qu'en est-il des pratiques judiciaires et administratives concernant le problème énoncé ci-dessus?

**2.4.** Dans le cadre des pratiques judiciaires et administratives, dans quelle mesure une clause ne figurant pas à l'annexe 1 est-elle néanmoins susceptible d'être considérée comme abusive (d'après la définition générale du «caractère abusif»)?

**2.5.** Inversement, dans les pratiques judiciaires et administratives, dans quelle mesure une clause figurant à l'annexe 1 est néanmoins susceptible d'être considérée comme non abusive (du fait qu'elle ne satisfait pas aux critères de la définition générale du «caractère abusif»)?

**2.6.** Enfin (compte tenu des réponses des points 2.4 et 2.5), dans quelle mesure les contentieux portant sur des clauses abusives concernent-ils des clauses figurant à l'annexe 1, et dans quelle mesure portent-ils sur des clauses non reprises dans l'annexe?

### **3. Définition générale du «caractère abusif»: critères de base (article 3, paragraphe 1)**

Conformément à la directive, une clause contractuelle est abusive si elle remplit les deux critères suivants:

- si elle «entraîne, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat»;
- si un tel «déséquilibre significatif» ne permet pas de «satisfaire l'exigence de bonne foi».

Ainsi, la discussion peut se concentrer sur les deux critères de base, à savoir le déséquilibre significatif et le non-respect de l'exigence de bonne foi.

#### **3.1. Le déséquilibre significatif**

Les législations nationales et/ou les pratiques judiciaires et administratives prévoient-elles des critères d'appréciation en vue de déterminer quand il y a «déséquilibre» dans le contrat? En d'autres termes, quel est «l'équilibre» idéal sur la base duquel il est possible de considérer que le contrat présente un «déséquilibre», imputé à la clause suspectée d'être abusive? Comment mesurer la portée de ce déséquilibre? Autrement dit, comment établir la distinction entre un déséquilibre «significatif» (qui amènera par conséquent à déclarer abusive la clause à laquelle on l'impute) et un déséquilibre qui ne l'est pas (entraînant de ce fait le rejet du caractère abusif de la clause)?

#### **3.2. Le non-respect de l'exigence de bonne foi**

S'agit-il réellement d'un critère en soi du caractère abusif, différent et complémentaire du critère de déséquilibre significatif? Ou n'est-ce qu'une condition automatique du premier — et substantiellement du seul — critère de déséquilibre significatif (en ce sens que tout déséquilibre significatif va nécessairement à l'encontre de l'exigence de bonne foi)?

En d'autres termes, est-il concevable qu'une clause introduisant un déséquilibre significatif dans le contrat puisse ne pas être déclarée abusive parce qu'un tel déséquilibre satisfait sous certains aspects l'exigence de bonne foi?

### **4. Définition générale du «caractère abusif»: critères complémentaires (article 4, paragraphe 2)**

L'appréciation du caractère abusif d'une clause donnée dans un contrat déterminé est soumise à trois critères additionnels, prévus par l'article 4, paragraphe 2, de la directive.

**4.1.** *La nature des biens ou des services* qui font l'objet du contrat

**4.2.** *Les circonstances* qui entourent la conclusion du contrat

**4.3.** *L'interdépendance* de la clause suspectée d'être abusive avec toutes les autres clauses du contrat ou d'un autre contrat dont il dépend



La discussion en atelier devrait être centrée sur la manière de faire passer ces trois critères dans les pratiques judiciaires et administratives, tout en essayant de répondre à une question essentielle, à savoir l'action de ces trois critères vise-t-elle davantage à déclarer abusive une clause qui, autrement, ne le serait pas, ou plutôt à réfuter le caractère abusif d'une clause qui — en l'absence de ces critères — mériterait d'être considérée comme telle?

## 5. La charge de la preuve du caractère abusif

Conformément aux principes généraux en matière de procédure civile, la charge de la preuve, quant aux critères portant sur le caractère abusif d'une clause, incombe-t-elle au consommateur ou au prestataire?

De quelle manière le fait que la clause particulière sur laquelle porte la preuve figure parmi celles de la liste reprise à l'annexe 1 de la directive influe-t-il sur le mode général d'attribution de cette charge (de toute évidence, c'est une question qui est à mettre en relation avec le point 1.1)?

## 6. Faut-il réviser la directive?

Cinq ans est une durée probablement trop courte pour évaluer si un organisme légal aussi complexe que la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs est un outil approprié ou nécessite des modifications en vue d'accroître son efficacité.

Toutefois, ce point peut faire l'objet d'une discussion préliminaire, au moins pour identifier les domaines qui seront traités ultérieurement et de manière plus approfondie.

### 6.1. Contenu de la liste des clauses abusives

Toute clause nouvelle ne figurant pas encore sur la liste doit-elle être insérée? Certaines clauses figurant actuellement sur la liste doivent-elles être supprimées? Certaines clauses incluses dans la liste actuelle devraient-elles être reformulées?

### 6.2. Nature juridique de la liste des clauses abusives

La liste (actuellement «grise») devrait-elle devenir une liste «noire»? Ou faut-il la diviser en deux listes différentes — l'une «grise», l'autre «noire»?

À supposer que cette liste devienne une liste «noire», qu'advierait-il de la définition générale du «caractère abusif»? Doit-elle être conservée, en tant qu'appréciation *judiciaire* du caractère abusif d'autres clauses ne figurant pas sur la liste (outre l'appréciation *juridique* portant sur le caractère abusif des clauses reprises dans la liste)? Ou est-ce superflu, étant donné que seules les clauses figurant sur la liste (noire) doivent être considérées comme abusives?

## 7. Remarques additionnelles de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs

- Tout d'abord, il faut signaler que l'*application de l'annexe* a engendré certaines difficultés dans les États membres scandinaves: la Commission estime que l'annexe devrait être reprise intégralement dans le texte de la législation d'application afin de faciliter son invocation dans un procès devant des tribunaux nationaux. En d'autres termes, cette liste est «indicative» pour le juge, mais pas pour les États membres. Certains pays scandinaves étaient réticents à appliquer cette liste. Ils affirmaient que l'annexe ne devait pas être transposée explicitement dans la législation, mais qu'elle est suffisamment transposée si elle est accessible dans les travaux législatifs préparatoires. Il est également intéressant de souligner que ces pays craignaient qu'une liste indicative ne limite la protection des consommateurs. Leur argumentation repose sur le fait qu'un juge pourrait être tenté de s'en tenir à la liste et de faire abstraction des critères généraux en matière de clauses abusives.

- En ce qui concerne la question soulevée au point 2.2, paragraphe 3, figurant ci-dessus, en matière de *non-respect du principe de bonne foi*, il faut souligner que, à notre avis, le principe de bonne foi n'est pas une exigence additionnelle au critère de «déséquilibre significatif». Une clause contractuelle qui crée un «déséquilibre significatif entre les droits et les devoirs des parties découlant du contrat au détriment du consommateur» ne peut en aucun cas satisfaire l'exigence de «bonne foi».
- La *question des critères complémentaires d'appréciation du caractère abusif des clauses*, soulevée au point 3 appelle plusieurs observations.

En ce qui concerne les critères liés aux «*circonstances entourant la conclusion du contrat*», il est difficile de comprendre leur rôle dans l'appréciation de l'impartialité de clauses contractuelles *non négociées*. En fait, ces critères faisaient partie de la proposition de la Commission destinée à couvrir également les clauses contractuelles négociées individuellement.

Quant au *critère temps*, l'article 4, paragraphe 1, dispose que l'appréciation de l'impartialité ou du caractère abusif d'une clause contractuelle doit s'effectuer au moment de la conclusion du contrat. Suivant les termes de l'article 4, paragraphe 1, les changements de circonstances survenus ultérieurement, à l'avantage ou au détriment du consommateur, ne seront pas pris en considération. Il devient dès lors plus aisé de comprendre qu'une clause déclarée abusive à la conclusion du contrat reste abusive même si le désavantage pour le consommateur disparaît à la suite d'une modification des circonstances. Cela est conforme à la politique communautaire visant à faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats. Il est plus difficile de décider si les modifications subséquentes pouvant rendre abusive une clause contractuelle peuvent néanmoins être prises en considération dans le processus d'appréciation, en dépit du sens de l'article 4, paragraphe 1, en apparence contraire. Ce n'est du moins pas contestable dès lors que le caractère abusif est prévisible au moment de la conclusion du contrat, mais est négligé par les parties qui le jugent improbable. Dans de tels cas, les semences du caractère abusif sont plantées au moment propice. Cependant, dans les cas où les changements de conditions ne sont en rien prévisibles, il est difficile d'affirmer que la clause sera abusive <sup>(1)</sup>.

Ce problème est largement plus débattu en doctrine nordique car le critère temps n'existe pas en droit scandinave <sup>(2)</sup>. Quoi qu'il en soit, ce critère peut, en principe, s'appliquer de manière plus stricte afin d'assurer un niveau de protection plus élevé aux consommateurs, conformément à l'article 8 de la directive (minimum d'harmonisation).

Enfin, il se peut que les critères de l'article 4, paragraphe 1, ne soient pas pertinents dans le cadre des recours visés à l'article 7. De fait, l'article 4, paragraphe 1, commence par les mots suivants: «Sans préjudice de l'article 7 [...]»

- *En ce qui concerne la question de la charge de la preuve portant sur le caractère abusif*, soulevée au point 4 du document de discussion, la première question qu'on doit se poser est de savoir si l'on peut réellement parler de charge de la preuve dans ce contexte. Le fait de déclarer une clause abusive ne relève-t-il pas d'une question de droit plutôt que d'une question de fait?

Il est intéressant de signaler qu'une affaire est pendante devant la Cour de justice européenne, qui porte sur le fait de savoir si la directive 93/13/CEE permet aux juges nationaux, lorsqu'ils sont sollicités afin d'examiner la recevabilité d'un recours, d'apprécier *ex officio* le caractère abusif de chaque clause du contrat.

Un tribunal national espagnol a soulevé cette question car la jurisprudence espagnole n'était pas très claire sur ce point. À notre avis, même si la directive 93/13/CEE ne prévoit pas explicite-

(1) Traditionnellement, un autre concept de droit civil permet d'apporter une solution à de tels cas, à savoir la clause implicite «*Rebus sic stantibus*».

(2) Wilhelmsson, T., JCP, p. 435.

ment l'appréciation *ex officio* de ces clauses par des juridictions nationales, elle impose ou du moins permet cette interprétation *ex officio*.

La question relative à l'interprétation d'une clause figurant à l'annexe de la directive, soulevée au point 4 du document de discussion, est liée à la qualité de cette liste quant à l'appréciation du caractère abusif d'une clause. S'il est vrai qu'une clause contractuelle correspondant à un des exemples de l'annexe n'est pas automatiquement abusive, l'inverse l'est encore davantage: une clause contractuelle **qui semble être autorisée par l'annexe, n'est pas automatiquement impartiale.**

Un exemple concret pourrait aider à la compréhension de cette dernière affirmation: d'après le paragraphe 1, point f), de l'annexe, sont habituellement déclarées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet d'«autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur». Il ne faudrait pas déduire de cette disposition qu'une clause donnant aux deux parties le droit de mettre fin au contrat de façon discrétionnaire n'est pas abusive. Cette conclusion serait totalement erronée car, dans bon nombre de cas, la corrélation entre les droits des parties est purement formelle. En effet, il n'est pas dans l'intérêt du consommateur de résilier le contrat, et la clause introduit par conséquent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties contractantes.

## B. Rapport final

### Généralités

Le débat au sein de l'atelier 3 a été animé de manière très dialectique et même (courtoisement) conflictuelle par certains aspects.

Cela a rehaussé la richesse, l'intérêt et l'efficacité de la discussion, tout en rendant la tâche du rapporteur assez délicate.

### 1. La liste des clauses suspectées d'être abusives (annexe 1)

#### 1.1. Importance de ce sujet

La majeure partie du débat s'est concentrée sur la liste des clauses, contenue à l'annexe 1.

Cela n'a rien de surprenant. S'il est vrai que la définition du caractère abusif est au cœur de la réglementation des clauses abusives dans les contrats des consommateurs, la définition du caractère abusif repose, à son tour, sur la liste des clauses figurant en annexe. Cette liste représente en effet le premier et le principal point de référence pour répondre aux questions suivantes: En quoi consiste le caractère abusif? Quand une clause mérite-t-elle d'être considérée comme abusive? En ce sens, la discussion de l'annexe touche, pour ainsi dire, le cœur même de la nouvelle réglementation introduite par la directive.

#### 1.2. Transposition de la liste par les États membres

Le débat a révélé l'existence de deux positions sur ce point.

La position minoritaire — représentée par les États scandinaves — selon laquelle il n'est ni juste ni opportun que les législations nationales de mise en œuvre de la directive transposent explicitement la liste. Les raisons avancées sont les suivantes: même en l'absence d'une transposition formelle, la liste serait de toute façon importante en ce qui concerne les travaux préparatoires et pourrait donc servir de critère pour interpréter la loi. Par ailleurs, la codifier de manière explicite risquerait, en fin de compte, de réduire le niveau de protection des consommateurs, car les juges et les organes administratifs compétents en matière d'application seraient tentés de s'en tenir strictement aux clauses énumérées, il serait alors plus difficile de qualifier d'abusives des clauses ne figurant pas dans la liste.

Sur ce point, une discussion/négociation est en cours entre la Commission et les États scandinaves qui ont, jusqu'ici, refusé de transposer la liste dans leur droit national.

La majeure partie des participants à l'atelier ont soutenu l'autre position. Selon cette position majoritaire, l'article 3, paragraphe 1, de la directive fixe, pour les États membres, l'obligation, et non la possibilité, de transposer la liste, et de la transposer complètement, sans pouvoir laisser tomber des clauses qui y figurent (ils peuvent toutefois enrichir les listes nationales par rapport à celle de l'annexe, en ajoutant d'autres clauses suspectées d'être abusives): la marge d'appréciation qu'offre le texte («une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives») est laissée aux organes compétents en matière d'application concrète et non aux législateurs, pour lesquels en revanche la liste est contraignante (exigence minimale).

En outre, le débat a souligné la valeur de la liste en tant qu'«instrument éducatif» permettant d'enrichir et d'affiner la perception du caractère abusif de la part des personnes chargées de l'interpréter.

Par ailleurs, un cas a même été signalé où la transposition de la liste en droit national a entraîné une diminution du niveau de protection des consommateurs. Au Portugal, avant même la direc-

tive, il existait une législation sur les clauses abusives dans les contrats des consommateurs, qui comprenait également les clauses des contrats relatifs à des services financiers et réservait à ces clauses le traitement généralement réservé aux clauses de tous les autres contrats de consommateurs. Après l'entrée en vigueur de la directive, le législateur portugais a modifié la loi et a introduit pour les clauses des contrats financiers le traitement plus souple (et qui protège donc moins intensément les consommateurs) prévu par le point 2 de l'annexe.

Sur ce point, plusieurs participants à l'atelier ont critiqué le privilège qu'accorde la directive aux contrats financiers et ont proposé de modifier l'annexe, en éliminant le point 2. Cependant, ce point fait l'objet spécifique de l'atelier 6.

### **1.3. Nature de la liste**

Une grande partie du débat concernant la liste s'est concentrée sur la nature de celle-ci: liste «grise» ou liste «noire»? Liste de clauses qui peuvent simplement être considérées comme abusives (mais qui, sur la base d'une appréciation relative au cas concret peuvent également s'avérer non abusives)? Ou bien liste de clauses à considérer obligatoirement comme abusives, raison pour laquelle, si la clause concrète incriminée correspond à un type idéal de clause contenue dans la liste, elle doit absolument être condamnée, sans aucune possibilité d'échapper à la qualification d'abusives?

Dans la lettre et dans l'esprit de la directive, la liste de l'annexe est sans aucun doute une liste «grise». Cependant, comme la directive s'inspire du principe de protection minimale (article 8), rien n'empêche les États membres de transformer la liste de l'annexe, de faire de la liste «grise» une liste totalement ou partiellement «noire», ce qui garantirait aux consommateurs un niveau de protection plus élevé.

Certains États membres ont effectué ce choix (même s'ils l'ont fait avec des lois adoptées avant la directive). C'est le cas, par exemple, de l'Allemagne, de l'Autriche et du Portugal, qui ont introduit des législations fondées sur le modèle de la double liste: certaines clauses, considérées comme particulièrement dangereuses et lourdes pour le consommateur, sont contenues dans une liste «noire» et leur caractère abusif est automatique et inévitable; d'autres clauses, considérées comme moins insidieuses, figurent sur une liste «grise». En conséquence — lorsqu'elles sont soumises concrètement à une appréciation — selon le cas, elles peuvent s'avérer non seulement potentiellement, mais effectivement abusives ou, au contraire, elles peuvent être reconnues comme n'étant pas abusives.

Il faut par ailleurs signaler qu'une comparaison des législations des différents États membres révèle qu'elles ne coïncident pas tout à fait sur le sens précis à donner à la liste «grise»: les critères sur la base desquels une clause de la liste peut faire l'objet d'une appréciation susceptible de lui épargner l'appellation de clause abusive, ne sont pas absolument identiques dans les différents systèmes qui adoptent le modèle de la double liste.

Quoi qu'il en soit, le débat au sein de l'atelier a révélé l'existence d'une vaste sympathie pour le modèle de la double liste et a débouché sur la proposition, largement partagée, visant à modifier utilement la directive en transformant certaines clauses de l'annexe (actuellement uniformément «grises») en clauses «noires». Par exemple, de nombreux participants ont convenu qu'une clause comme celle visée au point a) de l'annexe méritait de devenir une clause «noire».

Par ailleurs, le débat a donné deux indications opérationnelles précises quant à la manière de constituer concrètement une liste «noire», en modifiant la directive. La première est que le choix des clauses à faire figurer dans la liste «noire» devrait reposer sur une observation attentive de la réalité et des pratiques contractuelles et sur le suivi permanent de leur évolution de manière à identifier les clauses qui, dans les différents secteurs de marché, constituent en fait la menace la plus grave et la plus diffuse pour les consommateurs: les associations de consommateurs pourraient jouer un rôle précieux dans le cadre de cette reconnaissance et de cette évaluation. La deuxième indication est que, pour transformer une partie de l'annexe en liste «noire», une simple

transposition ou — comme il a été dit — un simple changement d'étiquette, qui laisserait les clauses correspondantes inchangées dans leur formulation actuelle, ne conviendrait pas. En revanche, il serait recommandé de les reformuler, de manière à limiter l'utilisation de concepts et de termes élastiques — comme «excessif», «déraisonnable», etc. — qui, impliquant une large latitude d'appréciation judiciaire, sont peu compatibles avec la nature d'une liste «noire».

#### **1.4. Coexistence de la liste avec les critères généraux du caractère abusif des clauses**

Tous les participants à l'atelier ont reconnu que, même si la liste des clauses suspectées d'être abusives, ou susceptibles de l'être, (ou sans aucun doute abusives) est décisive pour le bon fonctionnement de la réglementation sur la protection des consommateurs, les critères généraux du caractère abusif, rapportés non pas à une clause particulière, mais potentiellement à toute clause (même si elle ne figure dans aucune liste) sont eux aussi très importants.

De toute manière, ces critères devraient donc être conservés dans la directive et dans les législations des États membres.

Il ressort de l'article 3, paragraphe 1, de la directive que ces critères sont au nombre de deux: le critère du déséquilibre significatif et celui de la mauvaise foi.

### **2. Le critère du déséquilibre significatif**

Ce critère est central et fondamental dans la définition générale du caractère abusif donnée à l'article 3, paragraphe 1: une clause est abusive lorsqu'elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat.

Malgré cela, certains États membres ne l'ont pas transposé dans leur législation nationale: le Portugal, par exemple, qui confie exclusivement l'appréciation générale du caractère abusif au critère de la bonne foi.

Le débat sur le critère du déséquilibre significatif n'a pas été particulièrement approfondi. Il n'a débouché sur aucune proposition ou expérience significative concernant son application pratique. La seule donnée utile en vue d'une identification positive des contenus du concept de «déséquilibre» concerne le paramètre d'«équilibre» idéal auquel se référer pour constater l'existence d'un «déséquilibre»: il a été décidé, d'un commun accord, d'inclure ce paramètre dans les instruments juridiques prévus pour le type de contrat en question. Cependant, cela ne résout pas le problème pour les types de contrats qui n'ont aucune réglementation légale. Et, de toute manière, le débat n'a pas aidé à définir la ligne de démarcation entre un déséquilibre «significatif» et un déséquilibre «non significatif».

La discussion a abordé le critère du déséquilibre significatif essentiellement en termes indirects: elle a surtout porté sur la manière dont le critère du déséquilibre coexiste et interagit avec l'autre critère général — celui de la bonne foi — qui a fait l'objet d'une plus grande attention au cours du débat.

### **3. Le critère de la bonne foi**

#### **3.1. Introduction**

Ce sujet est — avec la liste des clauses — celui sur lequel la discussion a été la plus longue et la plus passionnée.

Le débat sur le critère de la bonne foi s'est développé non seulement au niveau opérationnel, mais aussi au niveau théorique.

#### **3.2. Niveau théorique**

Au niveau théorique, de nombreuses interventions passionnées ont porté sur la question de savoir si le critère de la bonne foi est substantiellement homogène dans les différents systèmes juridiques européens ou, au contraire, s'il a dans les différents systèmes des sens et des contenus différents et assez éloignés entre eux pour rendre problématique une application commune.

Certes, le critère de la bonne foi semble assez éloigné de la tradition des systèmes scandinaves. En effet, les législations des États membres de cette région, adoptées en application de la directive, font exclusivement reposer la définition générale du caractère abusif sur le critère du déséquilibre significatif et ne contiennent aucune référence au critère de la bonne foi (c'est exactement l'opposé de la législation portugaise, qui ignore le critère du déséquilibre et réduit la définition du caractère abusif au seul critère de la bonne foi).

Cependant, la comparaison a été animée surtout entre les traditions allemande et britannique. Les participants allemands à l'atelier ont insisté sur les racines historiques et culturelles particulières du principe de *Treu und Glauben* (bonne foi), soutenant qu'il a un sens différent des termes *good faith* de la tradition du droit coutumier (*common law*). À leur tour, les participants britanniques ont revendiqué l'importance croissante que le principe de *good faith* a dans le droit anglais des contrats et ont exposé ses différents sens (par rapport également avec les concepts de *reasonableness*, *fairness* et *consciousness*). Le président estime que, entre la bonne foi de la tradition continentale et la bonne foi de la tradition anglaise, le débat n'a pas révélé de différences profondes et substantielles au point de compromettre une application commune de ce concept au niveau européen.

### 3.3. Niveau opérationnel

Sur le plan opérationnel, la discussion s'est concentrée sur les rapports entre le critère de la bonne foi et celui du déséquilibre significatif.

Un participant à l'atelier a soutenu que les deux critères devraient fonctionner séparément: une clause est abusive si elle entraîne un déséquilibre significatif ou si elle est contraire à la bonne foi. Une affaire danoise a été citée dans laquelle le juge a considéré que la clause — qui ne créait objectivement pas de déséquilibre — était abusive parce que contraire à la bonne foi, dans la mesure où elle était formulée de telle sorte qu'elle donnait au consommateur une vision de ses droits déformée et non conforme à la vérité. Sur cette base, il a été suggéré que, alors que le critère du déséquilibre constituerait un moyen de protection contre le caractère abusif et substantiel des clauses, la bonne foi protégerait plutôt les consommateurs contre le caractère abusif des procédures. Le débat sur ce point a fait ressortir que, en effet, dans la définition du caractère abusif, l'aspect substantiel et l'aspect procédural sont souvent liés: citons par exemple le point i) de l'annexe et l'article 4, paragraphe 2, de la directive, où le critère de la transparence influe directement sur le caractère abusif de la clause.

Cependant, la discussion s'est surtout concentrée sur la possibilité que l'application du critère du déséquilibre et de celui de la bonne foi puisse déboucher sur des résultats divergents. Plus précisément, la question est la suivante: En admettant qu'une clause crée un déséquilibre significatif, peut-elle échapper au jugement de clause abusive grâce au critère de la bonne foi si l'on démontre que, bien que déséquilibrée, elle n'est pas contraire à la bonne foi (par exemple parce que la bonne foi impose de tenir compte d'une circonstance ou d'un élément du contrat capable de neutraliser le déséquilibre entraîné par la clause en question)?

La position officielle de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs, exposée au point 7 du document introductif de l'atelier 3, exclut cette possibilité: pour elle, une clause affectée d'un déséquilibre significatif est toujours — automatiquement et par définition — contraire à la bonne foi; elle ne pourra donc jamais, en aucun cas, être considérée comme non abusive parce que conforme à la bonne foi.

On comprend que l'objectif de cette position est essentiellement politique: éviter que le critère de la bonne foi ne devienne un critère potentiellement dommageable pour les consommateurs et qu'il ne réduise le niveau de leur protection. Bien que partageant cet objectif, le président n'a pu s'empêcher de remarquer que la position de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs semble peu compatible avec le texte de l'article 3, paragraphe 1, qui indique clairement que les deux critères du déséquilibre et du caractère contraire à la bonne foi

sont des exigences cumulatives, qui doivent exister toutes deux pour que la clause puisse être qualifiée d'abusive. De toute manière, si cette position était fondée, la référence à la bonne foi n'aurait aucune valeur légale effective, mais une valeur purement littéraire, ou symbolique, ou rhétorique.

Par ailleurs, il semble difficile de nier que le critère de la bonne foi est positivement intégré dans les critères complémentaires de l'article 4, paragraphe 1, dont il représente le principe inspirateur.

### **3.4. Les critères complémentaires en tant que critères d'application du principe de la bonne foi**

L'article 4, paragraphe 1, mentionne un certain nombre de critères complémentaires, à appliquer lors de l'appréciation du caractère abusif des clauses, en même temps que les critères fondamentaux de l'article 3, paragraphe 1. Dans cette appréciation, il faut tenir compte de la nature des biens ou des services qui font l'objet du contrat, des circonstances qui entourent la conclusion du contrat, des autres clauses du contrat ou d'un autre contrat ayant un rapport avec celui qui contient la clause en question.

Ces critères complémentaires s'inspirent clairement du principe de la bonne foi. Imaginons qu'une clause d'un contrat comprenant dix clauses soit affectée d'un déséquilibre significatif: elle peut néanmoins échapper à l'appréciation de caractère abusif — sur la base du critère qui impose de considérer toutes les autres clauses du contrat — s'il s'avère que les neuf autres clauses sont, dans l'ensemble, significativement déséquilibrées en faveur du consommateur, auquel elles apportent des avantages considérables. On pourrait parvenir au même résultat, même sans recourir à l'article 4, paragraphe 1, mais uniquement en appliquant le critère de la bonne foi: dans notre exemple, la clause en question est déséquilibrée en soi, mais elle n'est pas contraire à la bonne foi. En effet, la bonne foi impose de tenir compte, par-delà la clause individuelle, du contrat dans son ensemble, au niveau duquel on peut retrouver un résultat contractuel équilibré, qui permet d'exclure le caractère abusif.

Le problème n'est donc pas de voir si le critère de la bonne foi peut influencer ou non l'appréciation du caractère abusif (fondée essentiellement sur le critère du déséquilibre). Il est certain qu'il l'influence. Le problème consiste plutôt à voir si le critère de la bonne foi influence l'appréciation du caractère abusif uniquement à travers les critères complémentaires visés à l'article 4, paragraphe 1, ou également par-delà l'application de ces critères (ainsi — répétons-le — le texte de l'article 3, paragraphe 1, semble l'admettre).

## **4. La charge de la preuve**

La référence aux critères complémentaires de l'article 4, paragraphe 1, aide à aborder la question — que l'atelier a également examinée — de la charge de la preuve concernant le caractère abusif de la clause.

Sur ce point aussi, la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs a exprimé une position assez claire: elle implique qu'aucun problème de charge de la preuve ne se pose à proprement parler, car la nature abusive d'une clause n'est pas une question de fait que les parties doivent prouver, mais une question de droit que le juge doit trancher de manière autonome selon les règles légales (*iura novit curia*).

On remarque que le caractère abusif est, certes, une question de droit, mais qui dépend potentiellement d'éléments de fait que le juge peut ignorer, et ces éléments sont la matière de la charge de la preuve pour l'une ou l'autre partie, qui a intérêt à ce que la clause soit déclarée abusive, ou au contraire non abusive. Prenons quelques exemples. Si le professionnel (vendeur ou fournisseur) veut éviter qu'une clause déséquilibrée ne soit déclarée abusive, il peut essayer de convaincre le juge que ce déséquilibre est compensé — selon le critère complémentaire de l'interdépendance — par un contrat différent entre les mêmes parties, lié au premier et très



avantageux pour le consommateur; cependant, il lui appartient de prouver l'existence de ce contrat lié. Le représentant autrichien au panel a rappelé que, en Autriche, le critère d'appréciation du caractère abusif des clauses est plus sévère (et qu'il est donc plus facile de conclure qu'une clause est abusive) lorsque le professionnel agit en position de monopole: si le consommateur veut utiliser à son avantage cette définition plus sévère du caractère abusif, il lui appartient de prouver que la partie adverse est en position de monopole.

Par ailleurs, dans le système italien qui résulte de l'application de la directive, le sens de la liste transposée par l'annexe concerne précisément la répartition de la charge de la preuve. Si la clause en question correspond à une clause de la liste, elle n'est pas nécessairement abusive, on présume simplement qu'elle l'est: il est possible qu'elle s'avère concrètement ne pas l'être (donc en Italie la liste est «grise»), mais il incombe au professionnel de prouver qu'elle ne présente aucun caractère abusif. Si en revanche la clause en question ne figure pas sur la liste, cela n'empêche pas qu'elle soit déclarée abusive: cependant, cette fois, il appartient au consommateur de prouver qu'elle présente un caractère abusif.

Les participants à la discussion ont, en substance, approuvé cette façon de poser le problème. Ils ont également fait observer que le problème de la charge de la preuve serait en grande partie éliminé si l'on remplaçait la liste «grise» par une liste «noire», constituée de clauses décrites en termes rendant les circonstances spécifiques du cas concret peu importantes.

## 5. L'influence du prix sur l'appréciation du caractère abusif

L'atelier a examiné si, et jusqu'à quel point, la prise en compte du prix payé par le consommateur pouvait influencer l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles.

Le point de départ est la règle énoncée à l'article 4, paragraphe 2, selon laquelle l'appréciation du caractère abusif ne peut porter sur le prix (pour autant qu'il soit exprimé de façon claire et compréhensible) cependant, cette dernière référence au principe de la transparence fait l'objet spécifique de l'atelier 4. À la lumière de cette règle et de tous les autres critères d'appréciation du caractère abusif des clauses, la discussion a débouché sur des conclusions qu'on peut résumer comme mentionné ci-après.

- Le prix ne peut être évalué en soi: concrètement, la clause qui fixe le prix ne peut pas être considérée comme abusive pour la seule raison qu'elle fixe un prix trop élevé (par rapport au bien ou au service fourni au consommateur).
- En revanche, on ne peut, en principe, exclure que le prix influence l'appréciation du caractère abusif d'une autre clause, relative à un élément autre que le prix: il n'est pas exclu qu'une clause du contrat, bien que faisant l'objet d'un déséquilibre significatif, puisse être considérée concrètement comme non abusive, compte tenu du fait que le contrat prévoit un prix particulièrement avantageux pour le consommateur. Cette possibilité est spécifiquement prévue par les «considérants» et, plus généralement, elle découle de l'application du critère complémentaire de l'interdépendance.
- L'influence éventuelle du prix peut être plus grande s'il s'avère que le professionnel a offert au consommateur une possibilité effective de choix entre plusieurs combinaisons contractuelles pour le même bien ou service, caractérisée chacune par un équilibre différent entre le prix et les clauses (prix moyen avec niveau moyen de protection contractuelle assurée au consommateur par les clauses; prix plus élevé avec des clauses protégeant davantage le consommateur; prix plus bas avec des clauses protégeant moins le consommateur).
- L'influence du prix sur l'appréciation du caractère abusif n'est pas nécessaire et automatique, mais seulement éventuelle et hypothétique: le fait que le contrat prévoit un prix inférieur au prix de marché ne peut en soi suffire pour absoudre les clauses de l'accusation d'abusives. On pourra atteindre (ou ne pas atteindre) ce résultat sur la seule base d'une évaluation rigoureuse et motivée des circonstances du cas concret. En outre, certaines

clauses ne devraient jamais, en aucun cas, échapper à la qualification d'abusives grâce à l'influence d'un prix bas: par exemple, la clause décrite au point a) de l'annexe et, en général, les clauses qui mériteraient d'être transformées en clauses «noires».

- Réciproquement, un prix supérieur au prix de marché peut jouer en tant qu'élément susceptible de rendre plus sévère l'appréciation du caractère abusif des clauses.

## 6. Conclusions

Au terme de la discussion organisée dans le cadre de l'atelier, il est évident que le texte de la directive, en ce qui concerne la définition du caractère abusif, met les destinataires et les utilisateurs de la directive elle-même face à un certain nombre d'incertitudes, d'obscurités, de lacunes et d'imprécisions. À cet égard, on pourrait être tenté d'utiliser un concept que connaissent bien ceux qui s'occupent de protection des consommateurs, et de qualifier la directive de «produit défectueux».

Cependant, on a également remarqué que la responsabilité de cette situation ne doit pas être imputée aux auteurs du texte, qui peuvent invoquer à leur décharge la nécessité de servir de médiateur entre des traditions juridiques différentes (ce qui est d'autant plus difficile dans une matière comme celle-ci, qui touche le cœur du concept vénérable de contrat) et la nécessité — peut-être encore plus délicate — de servir de médiateur entre des intérêts organisés différents et opposés qui, par les pressions qu'ils exercent, ont considérablement influencé les travaux préparatoires. Surtout, on a remarqué que si la directive présente quelques imperfections, elle a produit des résultats tout à fait positifs dans les différents États membres.

Et c'est ce qui devrait constituer le critère décisif d'appréciation. Une directive ne doit pas être évaluée en termes absolus, pour le niveau d'esthétique juridique qu'elle parvient à exprimer en soi, mais plutôt en termes relatifs et en référence aux progrès qu'elle parvient à introduire par rapport aux situations antérieures des États membres.

Grâce à la directive, la situation antérieure des États membres en matière de contrats conclus avec des consommateurs a considérablement progressé, du point de vue de l'objectif de l'harmonisation et de celui de l'amélioration du niveau global de protection des consommateurs. Certes, on peut et on doit s'efforcer de l'améliorer, mais tout en reconnaissant que la directive 93/13/CEE est une bonne directive.

# Workshop 4

## Obligation of clarity and favourable interpretation to the consumer (Article 5)

*Chairman: Hans MICKLITZ, Professor of Law at the University of Berlin, Germany*

### A. Preliminary document

#### 1. Is Article 5 a means to control the content or is it a means to control the insertion of the standard business conditions?

There is discussion in the Member States on the reach of the transparency principle. One may raise the question whether Article 5 is meant to control the circumstances under which the standard business conditions are to be inserted into the contract. The transparency principle could then no longer be used to control the standard terms themselves. The legal argument brought forward is based on the systematic interpretation of the directive <sup>(1)</sup>. The positioning of the transparency rule seems to indicate that there is no direct relationship between the control of contents in Article 3 and the transparency principle.

#### 2. Formal transparency of standard business conditions

Standard terms have to be presented in a clear and intelligible language. Both requirements concern the way in which the standard terms are presented to the consumer <sup>(2)</sup>. Both requirements are in essence formal: 'clear' refers to the external presentation, 'intelligible' to the comprehensibility. The concept is open for further development and depends on the way in which the courts define the standards. The user of standard terms can never be sure how clear is clear and how comprehensible is comprehensible. The courts may constantly raise the requirements and even indirectly use the transparency principle to eliminate terms completely. The other side of the coin is that the transparency principle may well be respected when the user informs the consumer correctly that he has no rights or that the standard terms correctly repeat the legal situation as it stands (be it detrimental to consumers). The question then is whether the limits of the transparency principle have been reached or whether it may be extended beyond a mere formal understanding.

#### 3. Substantive requirements of the transparency principle?

The hypothesis I would like to defend that it is possible to give transparency a meaning that reaches beyond formal requirements <sup>(3)</sup>. Two different strains of arguments may be brought

---

<sup>(1)</sup> Graf v. Westphalen, AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz, EWS 1993, 161 ss 165

<sup>(2)</sup> Cf. Hellner, in Festschrift für E. Steindorff, 583 ss; F. Bernreuther, Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot, BB 1993, 1823 ss; H. Heinrichs, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Festschrift für R. Trinkner, Lebendiges Recht — von den Sumerern bis zur Gegenwart, 1995, 157 ss.

<sup>(3)</sup> Cf. for such an understanding, P. Bueso, Die Kriterien der Mißbräuchlichkeit in der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, VuR 1994, 309 ss; D. Gozzo, Das Transparenzprinzip und mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, europäischen und

forward, one from competition law and the other from contract law to back the suggested understanding whose usefulness would then have to be tested.

- The transparency principle is deeply rooted in Community law. I would even go as far as saying that transparency has become a general principle in the European legal order. It derives its legitimacy from competition law or — to put it in more ambitious terms — from its importance of competition to enhance the European legal order. Transparency then is linked to choice and information and would have to secure that the consumer receives the information which is necessary to take a responsible informed decision. Consumer choice and consumer information have therefore become leading elements to give shape to the notion of transparency via Article 5 in contractual relations.
- The effects become clear in the most sensitive field of price and performance where Article 5 requires transparency in the name and under the auspices of enabling and maintaining competition. Suppliers may therefore be compelled to *disclose information* on the way in which prices are calculated and on the way in which the quality of products and services are shaped. Direct control of the price or the quality is excluded and this borderline has to be respected anyway.
- The transparency principle as a genuine principle of private law is less settled. Its reach and importance depends on the context of the regulation. The introduction of Article 5 in Directive 93/13/EEC is strongly related to the overall purpose of the directive to control unfair terms under Article 3. That is why there is an inherent link between *transparency* and *justice* in standardised consumer contracts. In deciding on the degree of transparency to be achieved the courts have to balance out conflicting interests and thereby define standards of justice. The real challenge is whether there are criteria on which the courts may base their decision. I have tried to develop *the concept of legitimate expectations* as an overall principle that enshrines the good faith test and the transparency principle alike <sup>(4)</sup>. The concept starts from the idea that the two parties define their legal position as backed in the European legal order under the notion of 'rights'. The so-defined rights create expectations on what the contracting partner is obliged to do. Whether or not these expectations have to be complied with depend on whether they are *legitimate*. Here the concept allows for introducing objective standards to safeguard or to upgrade expectations or, if necessary, to eliminate overarching expectations.
- Transferred to transparency, the result might be the following. One may well start from the idea that Article 5 lays down a *subjective right to transparency*. But what is the content of such a right in contractual relations outside and beyond choice and information as settled in competition law? The notion of 'legitimate' may allow for the insertion of substantive criteria.. Here is space to seek for general principles in secondary Community law or in soft-law rules that may contribute to give shape to such a right to transparency. Most recently 'solidarity' has been given the status of such a general principle. Soft-law rules, even technical standards, may gain importance in areas where there are no legal provisions at all to define the parties rights and obligations such as in contracts for services.

---

brasilianischen Rechts, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, 1996; F. Brunetta d'Usseaux, 'Formal and substantive aspects of the transparency principle in European private law', *Consumer Law Journal* 1998.

<sup>(4)</sup> *Esa Paasivirta, Kirsti Rissanen* (eds.), 'Principles of Justice and the Law of the European Union, Proceedings of the COST A7 Seminar Hanasari', Helsinki, Finland, October 17-19, 1994, University of Helsinki, Institute of International Economic Law, 1995; in there, *Hans-W. Micklitz*, Principles of Justice in private law within the European Union, 259 ss; same author, Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts, in: *Ludwig Krämer/Hans-W. Micklitz/Klaus Tonner*, Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Liber amicorum Norbert Reich, 1997, 245 ss.

#### 4. The principle of transparency and the consumer image

Whether there is transparency or not depends largely on the consumer image that guides the interpretation of Article 5. Is it the confident consumer, the responsible consumer or is it the weak consumer? The conflict and its dimensions are well-known in the area of misleading and unfair advertising. There are three concepts under way.

- (1) The responsible consumer. The European Court of Justice has set the tone here <sup>(5)</sup>. The responsible consumer constitutes a normative category that allows the Court of Justice to complete the internal market. This consumer does not exist in reality, if any, he or she is a phenomenon: he/she speaks several languages, is keen to make use of better and greater choices, brings the necessary information together and takes care of his/her interest in a multi-legal environment. Seen in that respect the standards of transparency may be lowered down, the burden would rest on the consumer, the supplier would be released to a large extent from his duty to provide clear and intelligible standards.
- (2) The weak consumer. Member States take the lead here. <sup>(6)</sup>. Whether the weak consumer is a normative category or whether he or she really exists is not always obvious. The Federal Republic of Germany has been blamed for primarily aiming to protect the weak consumer at least in the field of unfair and misleading advertising. In contractual relations the weak consumer is a person unable to understand the law as he does not know it. He or she needs help in form of simple and clear information on his or her rights. Transparency standards are thereby raised and the burden is put on the supplier.
- (3) The confident consumer <sup>(7)</sup>. So far this concept has remained an academic effort to bridge the opposing concepts and to establish a degree of protection in between the responsible and the weak consumer.

The decision on the consumer image is no intellectual hook-jumping. In present court practice the notion of the consumer will all too often decide over the degree of protection. There may be a way out of possible conflicts resulting from the clash of concepts by relying on Article 8. The minimum protection principle, however, does not really contribute to a solution as a simple example demonstrates:

- Let us first assume a national court has declared a term *not* to violate the principle of transparency in an abstract control procedure. The litigant consumer organisations refers to Article 177 in order to get the standards raised to be applied in the interpretation of the transparency principle. The Court of Justice would then have to decide on whether the notion of the responsible consumer may guide the interpretation of the transparency principle or whether there is space for the Member States to apply deviating standards aiming at a better protection;
- Let us then think of a case in which a term has been declared void because it violates the transparency principle. And let us further start from the idea that the decision of the court is based on the concept of the weak consumer to be protected. Problems arise when another

<sup>(5)</sup> *Alfred Hagen Meyer*, Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofes, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 1993, 215 ss; *Ulf Doepner*, Verbraucherleitbilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbot — Anmerkungen zum Diskussionstand —, Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70 Geburtstag, Hrsg. *Ernst Niederleithinger/Rosemarie Werner/Gerhard Wiedemann*, 1997, 165 ss.

<sup>(6)</sup> The differences come abundantly clear in BGH, judgment 5.12.1991, GRUR 1992, 171 = WRP 1992, 165 and ECJ, judgment 16.1.1992, Case C-373/90 — Procureur de la République, EuZW 1993, 544 ss; thereto H. Piper, Zu den Auswirkungen des EG-Binnenmarktes auf das deutsche Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, WRP 1992, 685 ss. (691).

<sup>(7)</sup> *Stephen Weatherill*, 'The evolution of European consumer law and policy: from well-informed consumer to confident consumer', in: *Micklitz, Hans-W.* (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? Zur Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten*, Schriftenreihe des Vereinigten Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht, Band 1, 1996, 423 ss.

court in a different Member State decides on the same or a similar term but holds the term to be in compliance with Article 5 under reference to the concept of the responsible consumer. Shall the European Community accept the deviating standards of protection or shall the European Court of Justice provide for clear guidance on the consumer image?

### 5. The principle of transparency and the interpretation most favourable to the consumer

Article 5 seems to draw a clear borderline between the interpretation rule to be applied in individual and collective litigation, as the most *favourable* interpretation rule does not apply to collective litigation. The provisions seems to be based on the premises that a different standard of interpretation might be necessary in collective litigation. The most favourable interpretation rule if applied in collective litigation leads to inappropriate results. Even if it is possible to give the suggested term in individual litigations a meaning which is favourable to the consumer concerned, in general business transactions the danger remains that the user tries to execute a meaning favourable to him under reference to the unclear meaning and thereby impresses his contracting partner. It is the overall purpose of an abstract control procedure as foreseen in Article 7 that such dangerous while unclear terms have to be eliminated once and forever. One way out could be to establish the interpretation most unfavourable in regards to consumer. The standard term in question would then be given a meaning which takes into account the contractual reality of consumers though under respect of the wording and under exclusion of overrarching considerations. The degree of protection largely depends on the consumer image against which the most unfavourable meaning is measured. If it is the weak consumer the court will have to cover all kind of meanings that might be given to the term and even consider strange and far-reaching implications. If it is the responsible consumer the court may reduce its considerations to the most common kind of meanings which might be attributed to the term.

The application of two different standards of interpretation in individual and collective litigation must not, but may lead to difficulties in practice. If the result is the same notwithstanding the interpretation rule applied, the term will be held void in both litigations. However, the consumer might well find himself confronted with the argument that the said term has to be seen in the light of the individual contractual circumstances and here, contrary to what the court might have held in the collective litigation, does not imply any illegal consequences. Such contradictory results might be possible if Article 5 is applied in individual litigations to the benefit of the user thereby holding the term not be void although the same term has been declared void to the user's detriment by giving the term a less favourable meaning in collective litigations.

The only way out seems to rely on one and the same standard in both forms of litigations. Such a unique rule can only be the interpretation most unfavourable to consumers. Article 5 stays behind of what is needed to guarantee effective protection against unfair terms. The only way out seems to be the reference to Article 8 in order to tighten the interpretation standards in individual litigations beyond Article 5.

### 6. The transparency in action — how far does it reach

There are a number of questions coming up in German court practice that may help to clearer shape the scope and the reach of the transparency principle. I would like to present these issues in form of questions:

- How far does the control of prices reach? In German law standard terms in contracts for the care of the elderly have become a subject of concern for consumer organisations<sup>(8)</sup>. These contracts combine three elements: accommodation, catering and personal care. The contracts

<sup>(8)</sup> Cf. for a discussion of the case-law and the possible application of the transparency principle Hans-W. Micklitz, *Preistransparenz in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Alten- und Pflegeheime*, VuR 1998, 291 ss.

do not indicate how much the elderly has to pay for each of the three performances but refer to one single and comprehensive price, as seemingly provided for in the law on the homes for the elderly (*Heimgesetz*). German consumer organisations try to refer to the transparency principle in order to compel the user of the standard terms to disclose the prices for the three separate performances. Greater transparency would enable the elderly to decide whether it is cheaper to sign such a contract on personal care or whether it would not be an alternative to stay in his or her apartment and to buy the required and needed services separately. The consumer organisations may win the law suit if the transparency principle is meant to allow for price comparison which presupposes transparency.

- In *Verbraucherschutzverein Berlin/Sparkasse* <sup>(9)</sup> the Federal Supreme Court held the following term not to violate Article 4(2) of the directive: ‘Writing out of a savings account book without the declaration that the one to be substituted is void according to paragraph 7 of the statute on saving accounts is to be remunerated with at least DEM 15 — for each DEM 100 — in favour of the client. The remuneration must not exceed DEM 150.’ The decision of the German Supreme Court not to refer the case to Luxembourg has raised criticism in legal doctrine <sup>(10)</sup>.
- In *Verbraucherschutzverein Berlin/ Lebensversicherungen* <sup>(11)</sup>. The Landgericht Stuttgart decided that the following term is exempted from the transparency principle as it reiterates only paragraphs 174, 176 — act on insurance agreements (*Versicherungsvertragsgesetz*) and is therefore not subject to control according to Article 1(2) of Directive 93/13/EEC: ‘When are you entitled to refrain from paying the premiums or to terminate the agreement? (2) Termination and payment of the surrender value: you are entitled to terminate the insurance agreement to the end of an insurance-period at any time. You will receive the surrender value, as long as there exists one, after the termination. The surrender value will be determined according to the accepted rules of insurance mathematics for the end of the running insurance period, being the current market value of your insurance. We will deduct a certain amount, which is considered to be adequate from the current market value, if the insurance is not dormant or an expectant insurance when the agreement is terminated.’ The Court of Appeal of Stuttgart will decide on the appeal of the Verbraucherschutzverein in the future. The final word will remain on the Supreme Court and may be on the European Court of Justice.

The three cases raise a number of questions that are at least partly interconnected on the following issues:

- (1) What is the relationship between Article 5 and Article 1(2): does it mean that non-mandatory provisions in German law are exempted from control under Article 5? The questions have come up in all cases.
- (2) What is the relationship between Article 5 and Article 4(2): is it possible to submit price and performance to the transparency test and if yes, how far does the control of the transparency of prices and performances reach?

## 7. Discussion points

- It is important to note that there is a distinction, in the context of rules governing individual disputes, between the principle of the interpretation most favourable to the consumer established by Directive 93/13/EEC and the traditional rules of certain civil laws.

<sup>(9)</sup> BGH judgment of 7.7.1998 *Verbraucher und Recht* 1998, 337 (*Clabus* 1736).

<sup>(10)</sup> Hans Erich Brandner, *Auslegungszuständigkeit des EuGH bei der Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln der Banken bei Verbraucherverträgen*, MDR 1999, 6 ss.

<sup>(11)</sup> LG Stuttgart, judgment 21.9.1998, *Versicherungsrecht* 1998, 1406 (*Clabus* 1921 and 1944).

The provision contained in the second sentence of Article 5 of Directive 93/13/EEC deviates from the classical law of obligations, because it enshrines an interpretative rule that always favours a specific party — namely the consumer — while civil law normally contains only interpretative rules drafted in general terms which may, depending on the circumstances, work to the advantage of either contracting party <sup>(12)</sup>. It is obvious that in the case of an individual dispute the interpretation most favourable to the consumer will normally be a solution which is preferable to purely and simply declaring the term null and void.

The Community legislator introduced Article 5 with a view to ensuring that consumer contracts are in actual practice drafted in plain, intelligible language. The second sentence of Article 5 contains a sanction which is immediately applicable: if there is doubt about the meaning of a term, then 'the interpretation most favourable to the consumer shall prevail'. The burden of proof becomes far lighter for the consumer: it is enough to show that a term does not have a clear meaning. Since this rule is equivalent to a sanction for the professionals to whom it applies, it is designed to dissuade them from using unfair terms in their consumer contracts.

- The question arises as to whether — even if this is not expressly provided for in the directive — Article 7 should also apply to infringements of Article 5 and not only to infringements of Article 3(1). The question is to determine whether, in the light of case-law in this field, it may be necessary to spell out this possibility in the text of the directive.

---

<sup>(12)</sup> In Austria, for example, Article 915 of the Civil Code provides that an unclear term shall be deemed to be unfavourable to the party who uses it, while the directive provides that whenever there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail. Therefore this rule is far stricter than the one in Article 915 of the Austrian Civil Code.



## B. Final report

### 1. Transparency — a means to control the substance matter of contract terms or a means to control the insertion of contract terms into the contract

There has been considerable discussion in the working group on the reach and the importance of the transparency principle. It has been suggested by most of the participants that the directive is not clear on the function of the transparency principle:

Article 5, when read together with the 20th Recital, seems to favour a narrow reading:

‘Whereas contracts should be drafted in plain and intelligible language, the consumer should actually be given an opportunity to examine all the terms.’ Such a reference is said to make sense only if the contract terms are submitted to a transparency control at the time of the conclusion of the contract;

Article 5, however, might likewise be connected to Article 3. Then the transparency principle is regarded as being part of the content control. Although all participants favour such an understanding they advocate clearer guidance in the directive itself.

The uncertainty is felt to be confirmed by the lack of any sanctions. Article 5 does not indicate what the sanctions are if contract terms are recognised as being not clear and not written in plain and intelligible language. Do those terms which are not transparent simply not become part of the contract or must they be regarded as unfair in the sense of Article 3(1)? The only ‘sanction’ foreseen in Article 5, if the term sanction might be used at all, is that the interpretation most favourable to the consumer should be adopted. That means the term must in principle be upheld, though not in the sense the supplier would attribute to it. Even this kind of sanction, however, is not applicable in collective litigation, as Article 5 made explicitly clear.

That is why legal doctrine in some of the Member States discusses to what extent Article 5 is superfluous or at least counterproductive. The *in dubio contra proferentem* rule is well established in the Member States’ civil law systems. Article 5 thus does not constitute anything ‘new’. The members of the working group agreed that Article 5 might provide opportunities to extend the level of consumer protection beyond the *in dubio contra proferentem* rule, when properly read. They expressed their hope, however, that the unclear positioning of the principle in the directive and the lack of clear-cut sanctions might be reconsidered if the directive is ever revised.

### 2. The transparency principle in the Member States after the adoption of the directive

The importance of the transparency principle seems to vary broadly in the Member States. It was clear from the discussions that the transparency principle has gained major importance in the United Kingdom, in Germany and also in Italy, though subject to a different reading and handling, whereas quite the contrary seems to be true for France. The members of the board made strong statements on the role and acceptance of the transparency principle in their respective countries. It came abundantly clear that the positioning of the transparency principle is closely linked to the reach of sanctions that might be attributed to its violation.

Geraint Howells raises the question whether the transparency principle has to be understood as a procedural tool or whether it reaches beyond. Imposing a substantial limit would go too far. However, lack of transparency could be a breach of good faith if there is a significant imbalance of the parties’ rights and duties. Paul Gurowich referred to English case-law that has a fairly well-developed form of insertion control of terms, on the basis of the degree of notice given to

the consumer of their inclusion in the contract. It seems as if the English courts are willing to understand such a control as being part of good faith. Bingham, M L. J. concluded in *Interfoto*: 'the tendency of the English authorities has, I think, been to look at the nature of the transaction in question and the character of the parties to it, to consider what notice alleged to be bound was given of the particular condition said to bind him, and to resolve whether in all the circumstances it is fair to hold him bound by the condition in question. This may yield a result not very different from civil law principle of good faith, at any rate so far as the formation of the contract is concerned'.

Such an understanding, however, would not accord with the German reading of the transparency principle. The law and the courts draw a clear line between insertion control under Section 2 AGBG and content control, Section 9 AGBG. Whilst it is true that any form of insertion control that is bound to the consumer's potential knowledge of the contract terms may bear elements of transparency, the German courts have developed the transparency principle out of Section 9 AGBG as a means to submit the contract terms to a fairness test. That is why it has been suggested that Article 5 should be implemented by adding a new paragraph to Section 9 AGBG. Such a transposition would underline transparency as being part of good faith, but only with regard to the content of the contract terms. The German legislator, however, has not transposed Article 5 and instead relies on the well-established case-law. It is a matter of Community law to decide whether Article 5 has to be implemented or not.

Gilles Paisant underlined the French understanding of the transparency principle. Here, the transparency principle only has been used to a very limited extent, if at all, in the control of the substance matter of the contract. The determination of unfairness under Article 132-1 Code de la Consommation 'déséquilibre significatif entre les droits et les obligations' has not been shaped so as to understand unclear and intransparent contract terms as constituting a significant imbalance that renders the terms non written (non-écrits). The transparency principle is most of all meant to control the insertion of the contract. Contrary to the German law, however, the French courts do not limit the insertion control to test whether the consumer could get knowledge of the contract terms before he concluded the contract. The courts integrate into the test elements of justice that reach beyond a formal handling of the insertion control. Thus, elements of the good faith test under Article 3 become part of the insertion control. It seems that in practice French law is much nearer to the United Kingdom law than it is to the German law.

However, pursuant to the adoption of the directive, the French legislator has taken over more or less literally Article 5 and integrated it into Article 133-2 Code de la Consommation. Paragraph 1 obliges those imposing contract terms to present them in clear and intelligible language, paragraph 2 lays down the most favourite interpretation rule. Gilles Paisant pinpoints that the new article read as a whole has to be understood first and foremost as a rule that guides the interpretation of contract terms in individual litigation as the new article does not apply to collective litigation. Obscure and unclear terms have to be given the meaning most favourable to the consumer. The overall objective of the interpretation rule is therefore said to be maintenance of the term, at least in individual litigation. As the most favourite interpretation rule does not apply in collective litigation, there seems to be room here to regard unclear and incomprehensible terms as non written (non-écrits). Article 133-1 Code de la Consommation which defines the criteria of the fairness test explicitly refers to the effects of the terms (effet) and not only to their objective (objective) in order to decide whether there is a significant imbalance of the rights and duties of the parties.

The clear positioning of the transparency rule according to the type of litigation, however, seems to be put into question by the bizarre provision of Article 4(2) which may be applicable to individual and collective litigation. Gilles Paisant reads Article 4(2) so as to declare terms void that are not clear and intelligible which is difficult to bring into line with the sanctions foreseen under the *contra proferentem* rule and raises the question why Article 4(2) deviates in a double perspective from Article 5 with regard to its scope and with regard to its sanctions.

The legal situation is again different in Italian law. Three forms of transparency have to be distinguished: first 'proprietà' in order to identify the nature and the scope of the performance (mostly in insurance contracts and in the field of investments), second transparency in balance sheets and third in consumer contracts. Italy has implemented Directive 93/13/EEC by way of integration into the Civil Code, including Article 5 of the directive. According to Paolo Martinello the transparency principle covers at least two aspects, the insertion control and the content control (contenuto). Obscure terms that are hardly readable because written in extremely small letters or which do not make sense, do not become part of the contract. However, the transparency principle may even lead to an imbalance of the parties' rights and duties. Such an understanding might be backed by reference to Article 4(2). Paolo Martinello refers to recent case-law of the Tribunale di Roma — caso Federconsumatori/Assitalia, Ordinanze 24.12.1997 and 25.3.1998, where the judge declared the term in an insurance contract to be void because its unclear and obscure character provoked an imbalance in the rights and duties of the contracting parties.

Just like in France, however, a clear borderline has to be drawn between individual and collective litigation with regard to the legal effects of intransparent and unclear terms. Paolo Martinello just as Gilles Paisant insisted that the individual consumer concerned might be first of all interested in maintaining the incriminated term by giving to it the meaning most favourable to him. The situation is different in collective litigation, where the most favourite interpretation rule does not apply and would lead to counter-productive results anyway. From a German point of view it might be added that even in individual litigation the most favourite interpretation to the consumer might be to set aside the incriminated term. Such a solution might well be in tune with French law.

### **3. The transparency principle — does it contain a positive obligation to inform the consumer?**

There has been extensive discussion on whether the transparency is limited to some sort of negative control which allows at most the elimination of unclear and incomprehensible contract terms or whether the transparency principle might be understood as providing for positive information duties.

In the United Kingdom there is no case-law at hand and the regulation that transposes the directive nearly literally, does not contain further help. That is why legal doctrine comes into play. Paul Gurowich refers to Chris Willet (European review of private law 1997 pp. 79–93) who suggests, to be transparent a term should be:

- (i) physically available to the consumer;
- (ii) in plain and intelligible language;
- (iii) in print which is large enough to read;
- (iv) given prominence in the contract according to their importance and the burdens they impose;
- (v) where necessary, their implications should be explained and summarised.

Only the fifth requirement appears to go significantly beyond the English authorities on incorporation. Here again the English approach has to be underlined under which transparency is mainly seen as a means of insertion control (in the words of Geraint Howells 'procedural control'). According to Paul Gurowich the proposition that incorporation might not occur because of failure to explain the implications of the term — or which is only the same thing — because it is one which (though in clear enough language) has important implications likely to be missed by the unadvised consumer — seems to be rather novel. Such a reading of the transparency principle might be backed with reference to the logic of the Interfoto case, even without the directive.

The point under English law is whether and to what extent it is possible to give 'intelligible language' a broad meaning in the light of the good faith requirement, i.e. language is not intelligible where it needs explanation and is not explained. This would mean to read Article 5 as governed by Article 3, or alternatively, to base action simply on Article 3(1) itself, regarding Article 5 as embodying just a specific application of the general transparency principle rooted in the good faith requirement. The Office of Fair Trading would not seek to argue that the term was in unintelligible language, or that insufficient opportunity was given to consumers to read it.

It is regarded to be helpful by the Office of Fair Trading that there is a term in the illustrative list embodied in the annex which may be understood to bear out the contention that use of a term be challenged for purely 'substantive' transparency, under Article 3, not Article 5, and quite apart from the question of whether it is in clear language and the consumer was given an opportunity to read it. Paragraph (l) states that a term may be considered unfair if it has the object or effect of allowing the supplier to set the price of goods at the time of delivery, or increase the price without allowing the consumer a right of termination if the price becomes too high. In other words it stigmatises the use of price-variation clauses with 'captive' consumers. A price variation clause is evidently not capable of being argued to be fair on the basis merely that it is in plain language and that the consumer is given proper notice of its inclusion in the contract. Its intransparency is inherent in it — it creates a risk of what has been called 'unfair surprise' — and this is the reason it is capable of being unfair. That is all the more clear-cut since, if the consumer were clearly told at the time of contracting what price rise would take place and when, the term would not only not correspond to any item in the illustrative list, but would be a 'core term', exempt from the test of fairness under Article 4(2).

Paolo Martinello made an even stronger statement with regard to Italian law. He supported a reading of Article 5 under which the consumer is given a right to transparency by placing the Directive 93/13/EEC in the context of secondary Community law. Numerous directives contain specific information duties to the benefit of the consumer, some of them determine precise obligations less with respect to the effects of a possible violation and much more with respect to the clearness and transparency. They may come under the scope of the directive, if the violation of the information duty results in a significant imbalance of the parties' rights and duties. However, he went one step further than Paul Gurowich and build a bridge between the consumer right to information and transparency and the means foreseen in Article 7 of the directive. Any control exercised under Article 7 be it the judiciary or the administrative authority is meant to eliminate contract terms that are said to be unfair. In the case of Article 5 even such a remedy is limited to terms that are so overtly obscure that they must be regarded as an imbalance of the rights and duties of the parties. There are, however, no means available to implement the right of the consumer to require positive transparency of the contract terms. Once a term has been declared to violate Article 5 and must be regarded as being unfair, the term will be eliminated in collective actions. The right to information and transparency, however, goes further than that.

The German judiciary which has invented the transparency principle long before the adoption of the directive, has not really tackled the question as to whether it is bound to eliminate opaque terms or whether it must be understood so as to impose information duties on the supplier. Only very recently and in the narrow context of land law, some indication can be found that the German Supreme Court is willing to go that way (see *Clabus* 1861 and 1908). The link between a possible positive right of transparency and the means of control under Article 7 are not really an issue in German law. The legislator was not willing to step into a debate as to whether the group action in Article 13 AGBG suffices to effectively protect the consumer. It has to be recalled, however, that the German consumer organisations made a number of efforts in the early 1980s to use their right to settle a cease and desist order under Article 13 AGBG as a means to negotiation, but blatantly failed. That is why German consumer organisations, who are the key players in collective litigation have to face the challenge that they can only bring cases to court. This approach may lead to frustrating results if a particular contract term has been

declared void, but the supplier continues its use though slightly refined. The only safe way out is again to sue the supplier and entrust the court with the question whether the variant is also regarded to be unfair.

These statements initiated a lively and intensive debate of all participants on the reach and deficiencies of control under Article 7. The Office of Fair Trading uses the powers attributed to it to negotiate with the supplier contract terms that comply with the law. And so does the Scandinavian Consumer Ombudsman. That is why these countries do not meet the difficulty whether Article 7 requires the Member States not only to make sure that unfair terms are eliminated but that unfair terms are substituted by those which comply with the law. The situation is very different in Italy and in Germany. Here the control mechanism as established under Article 7 is much more limited. There are no similar institutions at hand that would be able to positively protect the consumer. The participants felt a strong need for the Commission to step in here in order to provide further guidance on whether effective control under Article 7 would also mean powers to renegotiate standard contract terms.

#### **4. The most favourite interpretation rule and the consumer image**

The most favourite interpretation rule applies only to individual litigation. The point is, however, how contract terms that have been challenged under collective action as being unclear and incomprehensible might be interpreted. It is true the issue is of importance only in countries where the opaque contract terms may at the same time be regarded so as to constitute a significant imbalance of the parties' rights and duties. It seems that the most favourite interpretation rule is turned upside down in collective litigation at least in Italy, the United Kingdom and in Germany. However, the most unfavourable interpretation rule then applicable results in the United Kingdom much more from administrative practice undertaken by the Office of Fair Trading than from courts' guidance. Only in Germany the Federal Supreme Court has explicitly ruled as early as 1979 that standard terms in collective litigation have to be interpreted most unfavourably to consumers.

The different consumer images in EC law, the responsible consumer on the one hand and the weak consumer on the other, has not yet raised concern outside Germany. It seems as if the clash of consumer image is bound to unfair and misleading advertising and does not concern the control of unfair terms. Geraint Howells would like to see the weak consumer being taken as a standard and not the prudent and rational consumer. He challenges the need, however, to differentiate consumer images in contract law. Advertising is said to be eye-catching and fun, whereas standard terms create legal obligations. It remains to be seen to what extent a more extensive use of collective actions under Article 7 would lead to change in perspective at least in those countries who trust in the control of the judiciary.

#### **5. The role and importance of minimum harmonisation**

Two participants of the working group, Ms Beier and Mr Staudinger, raised the issue of the interrelationship between the consumer image and Article 8. The question was whether Directive 93/13/EEC requires a coherent consumer image in the European Community or whether it is possible to use Article 8 as a means to draw a line between a common consumer image that provides for a minimum level of protection and a nationally biased consumer image that may reach beyond the minimum level. The issue is very much discussed in Germany, where the European Court of Justice's concept of the responsible consumer is felt to endanger the high degree of protection in Germany.

I felt free to refer to a case that has been decided in German courts where a term prohibiting the keeping of domestic animals in an apartment might be understood by a non-legally trained German consumer as meaning that he may not have goldfish in an aquarium. The decision has been strongly criticised in German legal doctrine because such an understanding would over-

stretch the degree of protection. It has to be recalled, however, that the decision contains a twofold message: the term as it stands does not meet the requirements of being shaped in a clear and comprehensible way and that only a more specific working with regard to the types of domestic animals meant would comply with the requirements of the law.

The reach and importance of Article 8 would equally require an answer as to whether justice can be divided as deviating consumer images would constitute different levels of consumer protection. The participants recognised the importance of the issue but stressed its importance with regard to consumer protection and the minimum rule as such.

#### **6. The transparency principle under Article 5 and its relation to Article 1(2)**

At the very end the debate in the working group focused on the question whether and to what extent binding legal provisions may be submitted to the transparency test. The wording of Article 1(2) is overtly not the same in all Community languages. That is why it is not clear which legal provisions come under the scope of Article 1(2). It was unanimously felt, however, that Article 1(2) is not meant to exclude per se any transparency control of legal provisions. Some participants favoured an interpretation under which the control of legal provisions under the transparency might be justified because it is not the law that is tested but the law as used in the specific circumstances of the standard contract at issue. Here further clarification is certainly needed, be it through the Commission or be it through the Court of Justice.

# Atelier 4

## Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (article 5)

Président: Hans Micklitz, professeur de droit à l'université de Berlin, Allemagne

### A. Document préparatoire

#### 1. L'article 5 permet-il de contrôler le contenu des conditions générales ou les circonstances de leur insertion?

Des débats ont lieu dans les États membres pour ce qui concerne la portée du principe de transparence. On pourrait avancer l'hypothèse que l'article 5 est destiné à contrôler les circonstances de l'insertion des conditions générales dans le contrat. Il ne serait plus possible, ensuite, d'appliquer le principe de transparence pour contrôler les conditions générales elles-mêmes. L'argument juridique ainsi présenté repose sur l'interprétation systématique de la directive <sup>(1)</sup>. L'endroit où figure la règle de transparence semble indiquer l'absence de relation directe entre celle-ci et le contrôle du contenu visé à l'article 3.

#### 2. Transparence formelle des conditions générales

Les conditions générales doivent être rédigées de façon claire et compréhensible. Ces deux critères, qui concernent la présentation des conditions générales au consommateur <sup>(2)</sup>, sont formels par essence: le terme «clair» se rapporte à la présentation extérieure, le terme «compréhensible» à l'intelligibilité. Ces concepts sont ouverts et dépendent des normes que définissent les tribunaux. L'utilisateur de conditions générales ne sait jamais avec certitude le degré de clarté qu'implique le terme «clair» et le degré d'intelligibilité qu'implique le terme «compréhensible». Les tribunaux peuvent constamment renforcer les critères et même utiliser indirectement le principe de transparence pour éliminer complètement des clauses. Le revers de la médaille est qu'il est tout à fait possible que le principe de transparence soit respecté lorsque l'utilisateur informe correctement le consommateur qu'il n'a aucun droit ou lorsque les conditions générales reproduisent correctement les dispositions du droit en vigueur (même défavorables aux consommateurs). La question est dès lors la suivante: les limites du principe de transparence ont-elles été atteintes ou est-il possible de les étendre au-delà d'une acception purement formelle?

---

<sup>(1)</sup> Graf v. Westphalen, *AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz*, EWS 1993, p. 161-165.

<sup>(2)</sup> Voir Hellner, *Festschrift für Steindorff*, E., p. 583; Bernreuther, F., *Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot*, BB 1993, p. 1823; Heinrichs, H., «Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», *Festschrift für Trinkner, R., Lebendiges Recht – von den Sumerern bis zur Gegenwart*, 1995, p. 157.

### 3. Critères de fond liés au principe de transparence?

L'hypothèse que je voudrais défendre est qu'il est possible de donner au principe de transparence une signification qui va au-delà des critères formels <sup>(3)</sup>. Deux types d'arguments plaident en faveur de cette hypothèse, dont l'utilité devrait ensuite être contrôlée: les uns dérivent du droit de la concurrence, les autres du droit des contrats.

- Le principe de transparence est profondément ancré dans le droit communautaire. J'irais jusqu'à dire qu'il est devenu un principe général de l'ordre juridique européen. Il tire sa légitimité du droit de la concurrence ou — pour utiliser des termes plus ambitieux — de l'importance de la concurrence pour asseoir l'ordre juridique européen. La transparence va donc de pair avec le libre choix et l'information et devrait garantir que le consommateur reçoit les informations nécessaires pour prendre une décision responsable en pleine connaissance de cause. Le libre choix et l'information du consommateur sont ainsi devenus des éléments primordiaux, qui donnent forme à la notion de transparence, par l'intermédiaire de l'article 5, dans les relations contractuelles.
- Les conséquences apparaissent clairement dans le domaine extrêmement sensible du prix et de la prestation, où l'article 5 requiert la transparence au nom de la concurrence. Les fournisseurs peuvent dès lors être obligés de *dévoiler des informations* sur le calcul des prix et la qualité des produits et des services. Le contrôle direct du prix ou de la qualité est cependant exclu et il y a lieu, en tout état de cause, de respecter cette limite.
- Le principe de transparence est moins bien établi en droit privé. Sa portée et son importance dépendent du contexte dans lequel la règle s'inscrit. L'insertion de l'article 5 dans la directive 93/13/CEE est fortement liée à la finalité globale de la directive, la lutte contre les clauses abusives au titre de l'article 3. C'est pourquoi il existe un lien inhérent entre *transparence* et *justice* dans les contrats types conclus avec les consommateurs. Lorsqu'ils décident du degré de transparence à atteindre, les tribunaux doivent mettre en balance des intérêts divergents et définir des normes de justice. Le véritable défi est de déterminer si des critères existent, sur lesquels les tribunaux peuvent fonder leur décision. J'ai essayé de développer le *concept d'attentes légitimes* en tant que principe global couvrant tout autant le principe de bonne foi que celui de transparence <sup>(4)</sup>. Ce concept se fonde sur l'idée que les deux parties définissent leur position, dans le cadre de l'ordre juridique européen, en fonction de la notion de «droits». Ces droits créent des attentes quant aux obligations du cocontractant. Ces attentes doivent ou non être respectées en fonction de leur *légitimité*. À cet égard, il est permis d'introduire des normes objectives qui protègent ou renforcent ces attentes, ou, le cas échéant, éliminent les attentes excessives.
- Appliqué au principe de transparence, le résultat pourrait être le suivant: on peut très bien partir de l'idée que l'article 5 établit un *droit subjectif à la transparence*. Mais quel est le contenu d'un tel droit dans les relations contractuelles, au-delà du droit au libre choix et à l'information que reconnaît le droit de la concurrence? La notion de «légitimité» permet peut-être d'inclure des critères de fond. Il est possible, à cet égard, de puiser dans le droit secondaire de la Communauté, ou dans les règles de «droit mou», des principes généraux

<sup>(3)</sup> Voir à ce propos Bueso, P., *Die Kriterien der Mißbräuchlichkeit in der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, VuR 1994, p. 309; Gozzo, D., *Das Transparenzprinzip und mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, europäischen und brasilianischen Rechts*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, 1996; Brunetta d'Usseaux, F., Formal and substantive aspects of the transparency principle in European private law, *Consumer Law Journal* 1998.

<sup>(4)</sup> *Esa Paasivirta, Kirsti Rissanen* (eds.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, Proceedings of the COST A7 Seminar Hanasari, Helsinki, Finland, October 17-19, 1994, University of Helsinki, Institute of International Economic Law, 1995; incluant *Hans-W. Micklitz*, Principles of Justice in Private Law within the European Union, 259 ss; même auteur, „Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts“, in: *Ludwig Krämer/Hans-W. Micklitz/Klaus Tonner*, Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Liber amicorum Norbert Reich, 1997, 245 ss.



susceptibles de façonner un tel droit à la transparence. Très récemment, la «solidarité» a reçu le statut d'un tel principe général. Des règles de «droit mou», voire des normes techniques, peuvent gagner en importance dans des domaines où il n'y a aucune disposition légale pour définir les droits et obligations des parties, comme dans les contrats de service.

#### 4. Le principe de transparence et l'image du consommateur

Qu'il y ait ou non transparence dépend largement de l'image du consommateur qui guide l'interprétation de l'article 5. S'agit-il du consommateur confiant, responsable ou faible? Ce dilemme et ses dimensions sont bien connus dans le domaine de la publicité trompeuse et abusive.

- Le consommateur responsable: sur ce point, la Cour de justice européenne a donné le ton <sup>(5)</sup>. Le consommateur responsable constitue une catégorie normative permettant à la Cour de justice d'achever le marché intérieur. Ce consommateur n'existe pas dans la réalité, ou alors il s'agit d'un phénomène: il parle plusieurs langues, tient à faire des choix meilleurs et plus vastes, recueille les informations nécessaires et préserve ses intérêts dans un environnement juridique multiple. Cette conception pourrait déboucher sur un affaiblissement des critères de transparence: la charge pèserait sur le consommateur, tandis que le fournisseur serait soulagé, dans une large mesure, de son obligation d'apporter des conditions claires et intelligibles.
- Le consommateur faible: ici, les États membres sont à l'avant-garde <sup>(6)</sup>. Il n'est pas toujours évident de dire si le consommateur faible est une catégorie normative ou s'il existe réellement. La République fédérale d'Allemagne s'est vu reprocher de viser essentiellement à protéger le consommateur faible, au moins dans le domaine de la publicité trompeuse et abusive. Dans les relations contractuelles, le consommateur faible est une personne incapable de comprendre la loi, étant donné qu'il ne la connaît pas. Il a besoin d'une aide sous la forme d'une information simple et claire concernant ses droits. Les normes de transparence sont dès lors relevées et la charge pèse sur le fournisseur.
- Le consommateur confiant <sup>(7)</sup>: jusqu'à présent, ce concept est demeuré au stade d'une tentative théorique de conciliation des concepts opposés et d'instauration d'un degré de protection intermédiaire entre celui du consommateur responsable et celui du consommateur faible.

La question de l'image du consommateur n'est pas un jeu de l'esprit. Dans la jurisprudence actuelle, cette image décidera très souvent du degré de protection. L'article 8 permet peut-être d'échapper aux conflits que peut engendrer la collision de différents concepts. Cependant, le principe de protection minimale ne contribue pas réellement à résoudre le problème, comme le montre un exemple simple:

- imaginons qu'une juridiction nationale, au terme d'une procédure de contrôle abstraite, a déclaré qu'une clause ne viole *pas* le principe de transparence. Les organisations de consommateurs qui participent au litige se réfèrent à l'article 177 pour obtenir que soient relevées les normes de protection à appliquer dans l'interprétation du principe de transpa-

<sup>(5)</sup> Alfred Hagen Meyer, «Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofes», *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 1993, 215 ss; Ulf Doepner, «Verbraucherleitbilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbot — Anmerkungen zum Diskussionstand —», *Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag*, Hrsg. Ernst Niederleithinger/Rosemarie Werner/Gerhard Wiedemann, 1997, 165 ss.

<sup>(6)</sup> Les différences ressortent clairement de l'arrêt du 5 décembre 1991 de la BGH, GRUR 1992, 171 = WRP 1992, 165 et de l'arrêt du 16 janvier 1992, affaire C-373/90 — Procureur de la République, EuZW 1993, 544 ss; voir H. Piper, *Zu den Auswirkungen des EG-Binnenmarktes auf das deutsche Recht gegen den unlauteren Wettbewerb*, WRP 1992, 685 ss. (691).

<sup>(7)</sup> Stephen Weatherill, *The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer*, in: Hans-W. Micklitz (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? Zur Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten*, Schriftenreihe des Vereinigten Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht, Band 1, 1996, 423 ss.

rence. La Cour de justice aurait alors à déterminer si le concept du consommateur responsable peut guider l'interprétation du principe de transparence ou si les États membres doivent pouvoir appliquer des normes différentes en vue d'une meilleure protection;

- imaginons également une affaire dans laquelle une clause a été déclarée nulle parce qu'elle viole le principe de transparence. Et imaginons, en outre, que la décision du tribunal repose sur le concept de protection du consommateur faible. Des problèmes se posent lorsqu'une autre juridiction, dans un autre État membre, statue sur une clause identique ou similaire, mais estime que celle-ci est conforme à l'article 5, en se référant au concept du consommateur responsable. La Communauté européenne doit-elle accepter des normes de protection divergentes ou doit-elle assurer une orientation claire quant à l'image du consommateur à faire valoir?

## 5. Le principe de transparence et l'interprétation la plus favorable au consommateur

L'article 5 semble établir une distinction claire entre la règle d'interprétation à appliquer dans les actions individuelles, d'une part, et collectives, d'autre part; la règle de l'interprétation la plus *favorable* ne s'applique pas aux actions collectives. Pour ces dernières, en effet, le texte semble partir du principe qu'une norme d'interprétation différente pourrait être nécessaire. De fait, si on l'applique aux actions collectives, la règle de l'interprétation la plus favorable débouche sur des résultats insatisfaisants. Même s'il est possible de donner à la clause traitée un sens favorable au consommateur concerné dans le cadre d'une action individuelle, le risque demeure, dans l'ensemble des transactions, que l'utilisateur s'efforce d'imposer une interprétation qui lui soit favorable, en s'appuyant sur le manque de clarté de la clause, et intimide son cocontractant. L'objectif d'une procédure de contrôle abstraite telle que prévue à l'article 7 est d'éliminer une fois pour toutes de telles clauses à la fois dangereuses et peu claires. Une solution pourrait être d'établir l'interprétation la plus *défavorable* aux consommateurs. La clause générale en question serait donc interprétée en tenant compte de la réalité contractuelle des consommateurs, dans le respect toutefois des termes utilisés et sans exagération. Le degré de protection dépend largement de l'image du consommateur en fonction de laquelle est arrêtée l'interprétation la plus défavorable. S'il s'agit de celle du consommateur faible, la juridiction devra couvrir tous les types d'interprétations qui pourraient être données à la clause et considérer même des implications étranges et poussées. S'il s'agit du consommateur responsable, la juridiction peut limiter ses considérations aux types d'interprétations les plus fréquentes qui pourraient être attribuées à la clause.

Il n'est pas certain, mais possible, que l'application de deux normes d'interprétation différentes dans les actions collectives, d'une part, et individuelles, d'autre part, pose des problèmes pratiques. Si le résultat est identique quelle que soit la règle d'interprétation appliquée, la clause sera tenue pour nulle dans les deux cas. Cependant, le consommateur pourrait se heurter à l'argument selon lequel il y a lieu de considérer la clause visée à la lumière du contrat individuel et que, en l'espèce, contrairement à ce que le tribunal peut avoir dit dans le cadre de l'action collective, la clause n'a pas de conséquences illégales. Une telle contradiction serait possible au cas où l'on appliquerait l'article 5 au bénéfice de l'utilisateur dans le cadre des actions individuelles, la clause n'étant donc pas déclarée nulle, tandis qu'on aurait déclaré la même clause nulle, au détriment de l'utilisateur, en lui donnant une interprétation moins favorable dans le cadre d'actions collectives.

Pour résoudre le problème, il semble impératif de s'appuyer sur une seule et même norme dans les deux formes d'actions. Une telle règle unique ne peut être que l'interprétation la plus défavorable aux consommateurs. L'article 5 n'apporte pas la garantie suffisante d'une protection efficace contre les clauses abusives. La seule solution semble être le renvoi à l'article 8, de manière à renforcer les normes d'interprétation dans les actions individuelles, au-delà de l'article 5.

## 6. La transparence en action — Quelle est sa portée?

Plusieurs points soulevés dans la jurisprudence allemande peuvent aider à tracer plus clairement les contours et la portée du principe de transparence. J'aimerais les présenter sous la forme de questions.

- Quelle est la portée du contrôle des prix? En Allemagne, les organisations de consommateurs se préoccupent des conditions générales des contrats de prise en charge des personnes âgées<sup>(8)</sup>. Ces contrats combinent trois éléments: logement, restauration et soins personnels. Ils n'indiquent pas la somme que la personne âgée doit payer pour chacune des trois prestations, mais se réfèrent à un prix unique et global, comme le prévoit apparemment la loi sur les homes pour personnes âgées (*Heimgesetz*). Les organisations allemandes de consommateurs s'efforcent de faire appliquer le principe de transparence de manière à obliger l'utilisateur des conditions générales à indiquer le prix de chacune des trois prestations séparément. Une plus grande transparence permettrait à la personne âgée de décider s'il est plus avantageux de signer un tel contrat de prise en charge ou si une solution ne serait pas de demeurer dans son appartement et d'acheter séparément les services requis. L'organisation de consommateurs sera en mesure de gagner son action s'il est établi que le principe de transparence est destiné à permettre les comparaisons de prix (lesquelles supposent la transparence).
- Dans l'affaire Verbraucherschutzverein Berlin/Sparkasse<sup>(9)</sup>, la Haute Cour fédérale a estimé que la clause suivante ne violait pas l'article 4, paragraphe 2, de la directive: «Établissement d'un livret d'épargne sans déclaration de nullité selon l'article 7 du règlement sur les caisses d'épargne, 5 DEM par tranche de 100 DEM de crédit, maximum 150 DEM, minimum 15 DEM.» La décision de la Haute Cour allemande de ne pas saisir la Cour de Luxembourg a été critiquée dans la doctrine<sup>(10)</sup>.
- Dans l'affaire Verbraucherschutzverein Berlin/Lebensversicherungen<sup>(11)</sup>, le Landgericht Stuttgart a décidé que la clause suivante était exempte du principe de transparence, dès lors qu'elle reproduit simplement les articles 174 et 176 de la loi sur les contrats d'assurance (*Versicherungsvertragsgesetz*) et n'est donc pas soumise à un contrôle aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE: «Quand êtes-vous en droit de vous abstenir du paiement des primes ou de résilier le contrat? Résiliation et paiement de la valeur de rachat: vous pouvez résilier le contrat d'assurance à tout moment, à la fin d'une période d'assurance. Vous toucherez la valeur de rachat, pour autant qu'il y en ait une, après la résiliation. La valeur de rachat sera déterminée en fonction des règles actuarielles admises, en se plaçant à la fin de la période d'assurance en cours (valeur vénale actuelle). Nous déduisons un certain montant, jugé adéquat, de la valeur vénale actuelle, si les droits ne sont pas "dormants" ou en cours d'acquisition lors de la résiliation du contrat.» La cour d'appel de Stuttgart statuera sur l'appel de la Verbraucherschutzverein. Le dernier mot reviendra à la Haute Cour et peut-être à la Cour de justice des Communautés européennes.

Ces trois affaires soulèvent un certain nombre de questions, qui sont au moins partiellement interconnectées.

- Quelle est la relation entre l'article 5 et l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2? Les dispositions non obligatoires du droit allemand sont-elles exemptes du contrôle au titre de l'article 5? Ces questions se sont posées dans toutes les affaires.

<sup>(8)</sup> Voir pour une analyse de la jurisprudence et de l'application possible du principe de transparence Hans-W. Micklitz, *Preistransparenz in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Alten- und Pflegeheime*, VuR 1998, 291 ss.

<sup>(9)</sup> Arrêt de la BGH du 7 juillet 1998 *Verbraucher und Recht* 1998, 337 (*Clabus* 1736).

<sup>(10)</sup> Hans Erich Brandner, *Auslegungszuständigkeit des EuGH bei der Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln der Banken bei Verbraucherverträgen*, MDR 1999, 6 ss.

<sup>(11)</sup> LG Stuttgart, arrêt du 21 septembre 1998, *Versicherungsrecht* 1998, 1406 (*Clabus* 1921 et 1944).

- Quelle est la relation entre l'article 5 et l'article 4, paragraphe 2? Est-il possible de soumettre les prix et les prestations au critère de transparence et, dans l'affirmative, quelle est la portée du contrôle de la transparence des prix et des prestations?

## 7. Points de discussion supplémentaires

- Il est important de noter qu'il existe une différence, dans le cadre des règles qui s'appliquent dans le cas d'un litige individuel, entre le principe de l'interprétation la plus favorable au consommateur établi par la directive 93/13/CEE et les règles traditionnelles de certains droits civils.

La disposition de l'article 5, deuxième phrase, de la directive 93/13/CEE s'écarte du droit des obligations classique, puisqu'elle prévoit une règle d'interprétation qui joue toujours à l'avantage d'une partie déterminée, le consommateur, alors que le droit civil ne connaît normalement que des règles d'interprétation rédigées de manière générale et qui peuvent jouer, en fonction des circonstances à l'avantage de l'une ou de l'autre partie au contrat <sup>(12)</sup>. Il est évident que, dans le cas d'un litige individuel, l'interprétation la plus favorable au consommateur sera normalement une solution, préférable à l'annulation pure et simple de la clause.

Avec l'article 5 le législateur communautaire a voulu parvenir à ce que les contrats conclus avec les consommateurs soient rédigés effectivement dans des termes clairs et compréhensibles. La deuxième phrase de l'article 5 contient une sanction qui est immédiatement applicable: s'il existe un doute sur le sens d'une clause, alors l'«interprétation la plus favorable au consommateur prévaut». La charge de la preuve devient beaucoup plus légère pour le consommateur: il est suffisant qu'il démontre qu'une clause n'a pas une signification claire. Le fait que cette règle ait valeur de sanction pour le professionnel qui en fait usage vise donc à dissuader celui-ci d'utiliser des clauses abusives dans les contrats qu'il propose aux consommateurs.

- Il faut se demander si, même si cela n'est pas expressément prévu dans la directive, l'article 7 doit aussi s'appliquer aux violations de l'article 5 et non: seulement à celles de l'article 3, paragraphe 1. La question est de savoir si, au vu de l'expérience jurisprudentielle dans cette matière, il serait nécessaire de mentionner clairement, dans le texte de la directive cette possibilité.
- La restriction au champ d'application de la directive établi par l'article 4, paragraphe 2, concernant l'objet principal du contrat et le rapport entre le bien ou le service acheté et le prix payé mérite également quelques remarques complémentaires.

Il faut d'abord insister sur le fait que cette restriction est elle-même soumise à une limite imposée par une exigence de clarté. En effet, ce n'est que si ces éléments d'un accord contractuel sont rédigés de «façon claire et compréhensible» que ces obligations principales des parties sont exclues du champ d'application de la directive.

En outre, la restriction énoncée à l'article 4, paragraphe 2, ne se retrouve pas dans les concepts juridiques de certains États membres. Les obligations principales des parties peuvent être soumises à la règle générale dans les pays nordiques, où les tribunaux ont la possibilité de ramener les sommes à payer à un niveau jugé équitable et proportionné si le prix convenu est injustement supérieur à la moyenne. Ces concepts reposent sur l'idée que les contrats constituent un moyen de redistribuer la richesse, d'une manière raisonnable et équitable, au sein de la société <sup>(13)</sup>.

L'approche adoptée par la directive, davantage axée sur le marché, se reflète clairement dans le considérant 19, qui exclut à nouveau l'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix de

<sup>(12)</sup> Par exemple, en Autriche, l'article 915 du code civil prévoit qu'une expression imprécise est considérée comme défavorable à la partie qui en fait usage, alors que la directive prévoit que chaque fois qu'il y a un doute sur le sens d'une clause, l'*interprétation la plus favorable au consommateur* doit prévaloir. Cette disposition est donc bien plus forte que celle prévue dans l'article 915 du code civile autrichien.

<sup>(13)</sup> Wilhelmsson, T., JCP, p. 435.

l'appréciation du caractère abusif. Cependant, ce considérant montre également que l'article 4, paragraphe 2, de la directive doit être interprété d'une manière restrictive.

Tout d'abord, l'exclusion du rapport qualité/prix de l'appréciation du caractère abusif ne concerne que le «rapport» proprement dit, et aucune autre clause relative au prix. Les clauses stipulant le mode de calcul ou les modalités de modification du prix sont entièrement soumises à la directive.

Ensuite, le «rapport» qualité/prix n'est pas soumis en soi à un contrôle, mais il doit être pris en considération lors de l'appréciation de l'équité d'autres clauses. De cette manière, la directive admet un contrôle indirect du prix <sup>(14)</sup>!

**Enfin, la notion d'«objet principal du contrat», que certains auteurs appellent «dispositions essentielles», doit donner lieu à une interprétation très restrictive.** Le considérant cite l'exemple des contrats d'assurance, pour lesquels le problème se pose d'une manière particulièrement délicate.

Dans le cas des contrats d'assurance, l'objet principal du contrat est la couverture qu'il offre. Certains seraient donc tentés de soutenir qu'aucune clause liée à la définition du risque assuré ne peut être soumise à la directive <sup>(15)</sup>. Le considérant dit clairement le contraire. Il énonce deux conditions pour que ces clauses sortent du champ d'application de la directive: elles doivent définir ou délimiter *clairement* le risque assuré <sup>(16)</sup>, et les limitations de l'engagement qui en découle pour l'assureur doivent être «prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur». On aboutit alors à la conclusion suivante: pour éviter une appréciation de l'équité de leurs clauses contractuelles, les assurances proposant une couverture limitée doivent en avertir le consommateur et... être moins chères! L'application de ce raisonnement à tous les types de contrat permet de conclure que les écarts par rapport aux attentes légitimes des consommateurs doivent être clairement indiqués *et* que le prix doit être adapté en conséquence. De cette manière, la directive pourrait finalement permettre un certain contrôle des prix s'approchant du modèle nordique.

En réalité, le fait de soustraire les «dispositions essentielles» et le rapport qualité/prix à tout contrôle d'équité semble, dans une certaine mesure, contraire à la philosophie de la directive.

En fait, le contrôle établi par la directive se justifie par l'absence de négociation, celle-ci constituant la pierre angulaire de la légitimation du contrat, et non par le caractère standardisé des clauses contractuelles. Cette justification réside dans le fait que le consommateur ne peut pas avoir d'influence sur le contenu de la clause. Or les «dispositions essentielles», et en particulier les «prix», sont de moins en moins soumis à négociation dans le commerce moderne. Il ne faut donc pas qu'ils échappent à un certain contrôle d'équité, surtout dans les cas où la concurrence ne serait pas suffisamment forte, et le marché pas assez transparent, pour remédier à l'absence de négociation individuelle pour des contrats particuliers.

---

<sup>(14)</sup> Un prix excessif ne peut faire directement l'objet d'un contrôle d'équité; en revanche, une clause autorisant les hausses de prix, par exemple, pourrait être jugée abusive au motif que... le prix initial est trop élevé!

<sup>(15)</sup> Le critère pour établir ce qu'il faut considérer comme une «disposition essentielle» ne saurait être un critère de forme reposant sur la manière dont les clauses ont été rédigées (négative — exclusion de la responsabilité — ou positive — définition du risque couvert).

<sup>(16)</sup> Cette condition découle, comme nous l'avons vu, du texte de l'article 4, paragraphe 2, qui soumet l'exclusion du champ d'application à la condition d'une rédaction «claire et compréhensible».

## B. Rapport final

### 1. La transparence permet-elle de contrôler le contenu des clauses contractuelles ou leur insertion dans les contrats?

Un vaste débat a eu lieu au sein du groupe concernant la portée et l'importance du principe de transparence. La plupart des participants ont estimé que la directive n'indique pas clairement quel est le rôle du principe de transparence.

L'article 5, lu avec le considérant 20, semble favoriser une interprétation restrictive.

«considérant que les contrats doivent être rédigés en termes clairs et compréhensibles, que le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses ...» Cette référence est jugée n'avoir de sens que si les clauses du contrat sont soumises à un contrôle de transparence au moment de la conclusion du contrat.

Cependant, l'article 5 peut aussi être relié à l'article 3. Le principe de transparence est alors considéré comme faisant partie du contrôle du contenu. Bien que tous les participants soient favorables à cette interprétation, ils préconisent des indications plus claires dans la directive elle-même.

Cette incertitude serait confirmée par l'absence de sanctions. L'article 5 n'indique pas quelles sont les sanctions, s'il est admis que les clauses du contrat ne sont pas transparentes ni rédigées en termes clairs et compréhensibles. Les clauses qui ne sont pas transparentes sont-elles alors simplement exclues du contrat ou doivent-elles être considérées comme abusives au sens de l'article 3, paragraphe 1? La seule «sanction» prévue à l'article 5, si l'on peut vraiment parler de sanction, est qu'il faudrait adopter l'interprétation la plus favorable au consommateur. Cela signifie que la clause doit en principe être maintenue, mais sans lui attribuer le sens que le prestataire aurait voulu. Cependant, comme le précise expressément l'article 5, même ce type de sanction n'est toutefois pas applicable aux actions collectives.

C'est pourquoi, dans certains États membres, la doctrine examine dans quelle mesure l'article 5 est superflu ou, du moins, va à l'encontre du but recherché. La règle *in dubio contra proferentem* est bien établie dans les systèmes de droit civil des États membres. L'article 5 n'apporte donc rien de «nouveau». Les membres du groupe de travail ont reconnu que, interprété correctement, l'article 5 pourrait offrir aux consommateurs un niveau de protection plus élevé que celui offert par la règle *in dubio contra proferentem*. Ils ont toutefois exprimé l'espoir que, si la directive était révisée, la question du positionnement peu clair de ce principe dans la directive et celle de l'absence de sanctions précises seraient réexaminées.

### 2. Le principe de transparence dans les États membres après l'adoption de la directive

L'importance du principe de transparence semble beaucoup varier d'un État membre à l'autre. Les discussions ont révélé clairement que le principe de transparence a acquis une importance majeure en Allemagne, en Italie ainsi qu'au Royaume-Uni, bien qu'il y fasse l'objet d'interprétations et de traitements différents, ce qui ne semble pas du tout le cas en France. Les membres de la délégation ont indiqué clairement quels sont le rôle et l'acceptation du principe de transparence dans leurs pays respectifs. Il est apparu évident que l'endroit où figure le principe de transparence est étroitement lié à la portée des sanctions qui pourraient être infligées en cas de violation de celui-ci.

Geraint Howells soulève la question de savoir si le principe de transparence doit être considéré comme un instrument de procédure ou si sa portée est plus étendue. L'imposition d'une limi-

tation du contenu irait trop loin. Cependant, le manque de transparence pourrait constituer une violation du principe de la bonne foi s'il existe un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Paul Gurowich se réfère à la jurisprudence anglaise qui prévoit une forme assez élaborée de contrôle de l'insertion des clauses, fondée sur le niveau d'information donné au consommateur sur leur inclusion dans le contrat. Il semble que les tribunaux anglais soient disposés à considérer ce contrôle comme couvert par le principe de la bonne foi. L. J. Bingham a conclu, dans l'affaire *Interfoto*: «Je pense que les autorités anglaises ont tendance à examiner la nature de la transaction en question et des parties à celle-ci ainsi que l'information réputée obligatoire donnée au consommateur sur la clause particulière déclarée le lier, et à déterminer si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est équitable qu'il soit lié par la clause en question. Cette démarche peut entraîner un résultat proche de celui de l'application du principe de la bonne foi en droit civil, du moins en ce qui concerne la formation du contrat.»

Cette interprétation ne serait toutefois pas conforme à l'interprétation allemande du principe de transparence. La législation et les tribunaux établissent une distinction claire entre le contrôle de l'insertion visé à l'article 2 de la loi allemande sur les conditions générales (AGB-Gesetz) et le contrôle du contenu visé à l'article 9 de l'AGB-Gesetz. Bien qu'il soit vrai que toute forme de contrôle de l'insertion lié à la connaissance potentielle du consommateur des clauses du contrat peut contenir des éléments de transparence, les tribunaux allemands ont interprété le principe de transparence énoncé à l'article 9 de l'AGB-Gesetz comme un moyen de soumettre les clauses des contrats à un contrôle d'équité. C'est la raison pour laquelle il a été suggéré que l'article 5 devrait être mis en œuvre en ajoutant un nouveau paragraphe à l'article 9 de l'AGB-Gesetz. Cette transposition soulignerait que la transparence est un élément de la bonne foi, mais seulement en ce qui concerne le contenu des clauses contractuelles. Le législateur allemand n'a toutefois pas transposé l'article 5 et se réfère à la jurisprudence constante. La question de savoir si l'article 5 doit être mis en œuvre ou non relève du droit communautaire.

Gilles Paisant a attiré l'attention sur l'interprétation française du principe de transparence qui, en France, n'a été que très peu ou même pas du tout utilisé pour contrôler le contenu du contrat. La définition du caractère abusif à l'article 132-1 du code de la consommation («un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations») ne permet pas une interprétation selon laquelle les clauses qui ne sont pas claires ni transparentes entraînent un déséquilibre significatif qui rendrait ces clauses non écrites. Le principe de transparence est destiné avant tout au contrôle de l'insertion dans le contrat. Cependant, contrairement à la législation allemande, la jurisprudence française ne limite pas le contrôle de l'insertion à la vérification de la possibilité qu'a eue le consommateur de prendre connaissance des clauses contractuelles avant la conclusion du contrat. Elle inclut dans ce contrôle des éléments de justice qui vont au-delà d'un traitement formel du contrôle de l'insertion. Il semble que, dans la pratique, la législation française soit beaucoup plus proche de la législation britannique que de la législation allemande.

Cependant, après l'adoption de la directive, le législateur français a repris plus ou moins littéralement l'article 5 et l'a intégré dans l'article 133-2 du code de la consommation. Le paragraphe 1 prévoit que quiconque impose des clauses contractuelles doit les présenter de façon claire et compréhensible, et le paragraphe 2 énonce la règle de l'interprétation la plus favorable. Gilles Paisant souligne que, dans son ensemble, ce nouvel article doit être considéré avant tout comme une règle d'orientation pour l'interprétation des clauses contractuelles dans les litiges entre particuliers vu qu'il ne s'applique pas aux actions collectives. Les clauses obscures et peu claires doivent être interprétées dans le sens le plus favorable au consommateur. L'objectif général de la règle d'interprétation serait donc le maintien de la clause, du moins dans les litiges entre particuliers. Comme la règle de l'interprétation la plus favorable ne s'applique pas aux actions collectives, il semble possible de considérer des clauses peu claires et incompréhensibles

comme non écrites. L'article 133-1 du code de la consommation qui définit les critères applicables au contrôle de l'équité se réfère expressément aux effets de ces clauses et pas seulement à leur objectif pour déterminer s'il existe un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

La clarté du positionnement de la règle de transparence en fonction du type de litige semble toutefois mise en cause par l'étrange disposition de l'article 4, paragraphe 2, applicable aux actions individuelles et collectives. Selon l'interprétation que donne Gilles Paisant de l'article 4, paragraphe 2, les clauses qui ne sont pas rédigées en termes clairs et compréhensibles sont nulles, ce qui est difficilement compatible avec les sanctions prévues dans le cadre de la règle *contra proferentem* et conduit à se demander pourquoi l'article 4, paragraphe 2, s'écartere de l'article 5 sur deux points, à savoir le champ d'application et les sanctions.

En droit italien, la situation juridique est encore différente. Il faut distinguer trois formes de transparence: premièrement, la «propriété» pour définir la nature et la portée de la performance (la plupart du temps dans les contrats d'assurance et dans le domaine des investissements), deuxièmement, la transparence dans les bilans et troisièmement, la transparence dans les contrats avec les consommateurs. L'Italie a mis en œuvre la directive 93/13/CEE, y compris son article 5, en l'intégrant dans le code civil. Selon Paolo Martinello, le principe de transparence couvre au moins deux aspects: le contrôle de l'insertion et le contrôle du contenu (contenuto). Les clauses obscures à peine compréhensibles car écrites en tout petits caractères ou dépourvues de sens ne font pas partie du contrat. Cependant, l'application du principe de transparence peut même aboutir à un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. Cette interprétation peut s'appuyer sur l'article 4, paragraphe 2. Paolo Martinello se réfère à la jurisprudence récente du Tribunale di Roma dans l'affaire *Federconsumatori/Assitalia*, Ordinanze des 24 décembre 1997 et 25 mars 1998, où le juge a déclaré nulle une clause contractuelle dont le manque de clarté entraînait un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties contractantes.

Cependant, comme en France, en ce qui concerne les effets juridiques des clauses non transparentes et peu claires, une distinction nette doit être établie entre les actions individuelles des actions collectives. Comme Gilles Paisant, Paolo Martinello insiste sur le fait que le consommateur concerné pourrait avoir principalement intérêt à ce que la clause incriminée soit maintenue et interprétée dans le sens qui lui est le plus favorable. La situation est différente pour les actions collectives où la règle de l'interprétation la plus favorable n'est pas applicable et irait de toute façon à l'encontre du but recherché. En adoptant le point de vue allemand, on pourrait ajouter que, même lors d'une action individuelle, l'interprétation la plus favorable au consommateur pourrait être d'écarter la clause incriminée. Cette solution pourrait être en accord avec le droit français.

### **3. Le principe de transparence prévoit-il une obligation positive d'informer le consommateur?**

Un vaste débat a eu lieu sur la question de savoir si la transparence est limitée à une sorte de contrôle négatif permettant tout au plus de supprimer les clauses contractuelles peu claires et incompréhensibles ou si le principe de transparence peut être considéré comme prévoyant une obligation positive d'information.

Au Royaume-Uni, il n'y a pas de jurisprudence à ce sujet et la réglementation qui transpose pour ainsi dire intégralement la directive ne fournit aucune aide supplémentaire. C'est ici qu'intervient la doctrine. Paul Gurowich cite Chris Willet (*European Review of Private Law* 1997, p. 79-93) qui suggère que, pour être transparente, une clause devrait:

- i) être physiquement accessible au consommateur;
- ii) être rédigée en termes clairs et compréhensibles;



- iii) être rédigée en caractères d'imprimerie suffisamment grands;
- iv) être mise en exergue, dans le contrat, suivant son importance et les obligations qu'elle impose;
- v) le cas échéant, faire l'objet d'explications et d'un résumé sur ses conséquences.

Seule la cinquième condition semble aller largement au-delà des précédents anglais sur l'insertion. Ici encore, il convient de relever que, dans l'approche anglaise, la transparence est considérée essentiellement comme un moyen de contrôle de l'insertion (Geraint Howells parle de «*procedural control*»). Selon Paul Gurowich, la proposition de ne pas insérer une clause parce que ses conséquences n'auraient pas été expliquées ou, ce qui revient au même, parce qu'il s'agit d'une clause qui (même si elle est rédigée en termes suffisamment clairs) a des conséquences importantes qui pourraient échapper au consommateur non prévenu, semble relativement nouvelle. Cette interprétation du principe de transparence pourrait s'appuyer sur la logique de l'affaire Interfoto, même sans la directive.

En droit anglais, la question est de savoir si et dans quelle mesure il est possible d'interpréter la notion de «termes compréhensibles» au sens large, à la lumière de l'exigence de bonne foi. En d'autres mots, ces termes ne seraient pas compréhensibles lorsqu'ils exigent une explication qui n'est pas fournie. Cela signifierait qu'il faudrait considérer que l'article 5 est régi par l'article 3 ou bien fonder une action uniquement sur l'article 3, paragraphe 1, en estimant que l'article 5 ne mentionne qu'une application spécifique du principe général de transparence ancré dans l'exigence de bonne foi. L'*Office of Fair Trading* ne chercherait pas à démontrer que la clause est rédigée en termes incompréhensibles ou que les consommateurs n'ont pas eu suffisamment l'occasion d'en prendre connaissance.

L'*Office of Fair Trading* estime utile qu'il y ait dans la liste indicative de l'annexe une clause qui puisse s'interpréter comme confirmant que l'utilisation d'une clause peut être contestée sur la base d'un critère de transparence exclusivement de fond, en vertu de l'article 3 et non de l'article 5, tout à fait indépendamment de la question de savoir si elle est rédigée de façon claire et si le consommateur a eu l'occasion d'en prendre connaissance. Le point 1) prévoit qu'une clause peut être considérée comme abusive si elle a pour objet ou pour effet de permettre au vendeur de déterminer le prix des biens au moment de la livraison ou d'augmenter les prix sans que le consommateur n'ait le droit de rompre le contrat si le prix devient trop élevé. En d'autres termes, il condamne l'utilisation des clauses de variation de prix avec des consommateurs «captifs». Il est évident qu'on ne saurait faire valoir qu'une clause est équitable en invoquant le fait qu'elle est rédigée de façon claire et que le consommateur a été dûment informé de son inclusion dans le contrat. Son manque de transparence est intrinsèque — il crée ce qu'on appelle un risque de «surprise abusive» — ce qui explique pourquoi cette clause peut être abusive. D'autant plus que, si le consommateur a été clairement informé de l'augmentation et de la date de l'augmentation de prix au moment de la conclusion du contrat, la clause non seulement ne correspondrait à aucune de celles qui figurent sur la liste indicative, mais serait une «clause essentielle», exempte de l'assujettissement au contrôle de son équité visé à l'article 4, paragraphe 2.

Paolo Martinello a fait une déclaration encore plus appuyée concernant le droit italien. Il a étayé une interprétation de l'article 5 selon laquelle le placement de la directive 93/13/CEE dans le contexte du droit communautaire dérivé confère au consommateur un droit à la transparence. Un grand nombre de directives prévoient des obligations spécifiques d'information du consommateur, et certaines de ces directives définissent des obligations précises concernant moins les effets d'une éventuelle violation que la clarté et la transparence. Elles peuvent relever du champ d'application de la directive si le non-respect de l'obligation d'information entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Paolo Martinello va cependant un peu plus loin que Paul Gurowich et établit un lien entre le droit du consommateur à l'information et à la transparence et les moyens prévus à l'article 7 de la

directive. Tout contrôle exercé au titre de l'article 7 par une autorité judiciaire ou administrative vise à supprimer les clauses contractuelles déclarées abusives. Dans le cas de l'article 5, même ce moyen est limité aux clauses manifestement si obscures qu'elles doivent être considérées comme entraînant un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. Il n'existe toutefois aucun moyen d'assurer le respect du droit du consommateur à exiger la transparence positive des clauses contractuelles. Lorsqu'il a été déclaré qu'une clause viole l'article 5 et qu'elle doit être considérée comme abusive, cette clause sera supprimée dans les actions collectives. Cependant, le droit à l'information et à la transparence va toutefois plus loin que cela.

Les autorités judiciaires allemandes qui ont inventé le principe de transparence bien avant l'adoption de la directive ne se sont pas vraiment penchées sur la question de savoir s'il vise à supprimer les clauses peu claires ou s'il doit être interprété comme imposant au prestataire des devoirs en matière d'information. Ce n'est que tout récemment et dans le contexte étroit du droit foncier, qu'on peut trouver quelques indications donnant à penser que la Cour suprême allemande est disposée à aller dans ce sens (voir *Clabus* 1861 et 1908). Le lien entre un éventuel droit positif à la transparence et les moyens de contrôle visés à l'article 7 ne pose pas vraiment de problème en droit allemand. Le législateur ne souhaitait pas entrer dans un débat sur la question de savoir si l'action collective visée à l'article 13 de l'AGB-Gesetz est suffisante pour protéger efficacement le consommateur. Il faut toutefois rappeler que les organisations allemandes de consommateurs ont essayé, au début des années 80, d'utiliser comme moyen de négociation pour régler une affaire leur droit de recourir à une injonction de cessation d'infraction dans le cadre de l'article 13 de l'AGB-Gesetz, mais qu'elles ont complètement échoué. Ces organisations de consommateurs allemandes, qui sont les acteurs clés des actions collectives, peuvent donc seulement porter les affaires devant les tribunaux. Cette approche peut entraîner des résultats frustrants si une clause contractuelle particulière a été déclarée nulle, mais que le prestataire continue à l'utiliser sous une forme légèrement améliorée. La seule solution est de poursuivre de nouveau le prestataire et de confier au tribunal le soin de décider si cette variante doit aussi être considérée comme abusive.

Ces déclarations ont suscité un débat animé et intensif entre tous les participants sur la portée et les faiblesses du contrôle visé à l'article 7. L'*Office of Fair Trading* fait usage des compétences qui lui ont été attribuées pour négocier avec le prestataire des clauses contractuelles conformes à la législation. Le médiateur des consommateurs scandinave fait de même. C'est pourquoi le fait que l'article 7 invite les États membres non seulement à veiller à ce que les clauses abusives soient supprimées, mais aussi à ce qu'elles soient remplacées par des clauses conformes à la législation ne pose pas de problème à ces pays. La situation est très différente en Allemagne et en Italie où le mécanisme de contrôle prévu à l'article 8 est beaucoup plus limité. Il n'existe pas d'institutions similaires susceptibles d'offrir une protection positive aux consommateurs. Les participants estiment indispensable que la Commission intervienne pour fournir d'autres indications sur la question de savoir si le contrôle efficace visé à l'article 7 implique aussi la compétence de renégocier des clauses contractuelles standardisées.

#### **4. Le principe de l'interprétation la plus favorable et l'image du consommateur**

Le principe de l'interprétation la plus favorable ne s'applique qu'aux actions individuelles. Il s'agit toutefois de savoir comment interpréter des clauses qui ont fait l'objet d'une action collective au motif qu'elles sont obscures et incompréhensibles. Il est vrai que ce problème ne revêt de l'importance que dans les pays où des clauses peu claires peuvent être considérées en même temps comme entraînant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Il semble que la règle de l'interprétation la plus favorable soit renversée dans les actions collectives, du moins en Allemagne, en Italie et au Royaume-Uni. Cependant, au Royaume-Uni, l'application de la règle alors la plus défavorable résulte beaucoup plus de la

pratique administrative de l'*Office of Fair Trading* que de la jurisprudence des tribunaux. L'Allemagne est le seul pays où la Cour suprême fédérale a décidé expressément dès 1979 que les clauses standardisées doivent être interprétées de la façon la moins favorable aux consommateurs.

Les différentes images du consommateur dans le droit communautaire, à savoir, d'une part, le consommateur responsable et, d'autre part, le consommateur faible, n'ont pas encore suscité d'inquiétude en dehors de l'Allemagne. Il semble que cette contradiction concernant l'image du consommateur soit liée à la publicité mensongère et abusive et n'intéresse pas le contrôle des clauses abusives. Geraint Howells souhaiterait qu'on retienne comme norme le consommateur faible et non le consommateur prudent et rationnel. Il conteste toutefois la nécessité d'établir une distinction entre les images du consommateur dans le droit des contrats. La publicité est considérée comme accrocheuse et amusante, tandis que les clauses contractuelles entraînent des obligations légales. Reste à savoir dans quelle mesure un recours plus large aux actions collectives dans le cadre de l'article 7 entraînerait un changement de perspective, du moins dans les pays qui s'en remettent au contrôle des autorités judiciaires.

## 5. Rôle et importance d'une harmonisation minimale

Deux participants au groupe de travail, M<sup>me</sup> Beier et M. Staudinger, ont soulevé la question de la relation interdépendante entre l'image du consommateur et l'article 8. La question était de savoir si la directive 93/13/CEE exige une image cohérente du consommateur dans la Communauté européenne ou s'il est possible d'utiliser l'article 8 pour établir une distinction entre une image du consommateur ordinaire qui offrirait à celui-ci un niveau de protection minimal et une image du consommateur nationale non objective qui pourrait atteindre un niveau inférieur à ce niveau de protection minimal. Cette question fait l'objet d'abondantes discussions en Allemagne où l'on estime que la notion du consommateur raisonnable de la Cour de justice des Communautés européennes risque d'affecter le haut niveau de protection accordé au consommateur en Allemagne.

Je me suis permis de renvoyer à une affaire sur laquelle les tribunaux allemands avaient statué et où une clause interdisant les animaux domestiques dans un appartement pouvait être comprise par un consommateur sans formation juridique comme interdisant les poissons rouges dans un aquarium. Cette décision a été très critiquée par la doctrine allemande qui estimait que cette interprétation accordait au consommateur un niveau de protection trop élevé. Il convient de rappeler toutefois que cette décision contient un double message: d'une part, la clause telle qu'elle se présente ne répond pas aux exigences de rédaction en termes clairs et compréhensibles et, d'autre part, seul un libellé indiquant plus spécifiquement les espèces d'animaux concernées serait conforme aux exigences de la législation.

Eu égard à la portée et à l'importance de l'article 8, il faudrait également savoir si les tribunaux peuvent être divisés vu que des images divergentes du consommateur entraîneraient pour celui-ci des niveaux de protection différents. Les participants reconnaissent qu'il s'agit d'une question importante, mais soulignent qu'elle l'est en ce qui concerne la protection du consommateur et la règle minimale en tant que telles.

## 6. Le principe de transparence visé à l'article 5 et sa relation avec l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2

Tout à la fin du débat, le groupe de travail s'est concentré sur la question de savoir si et dans quelle mesure des dispositions légales contraignantes peuvent être soumises à un contrôle de transparence. Le libellé de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, n'est manifestement pas identique dans toutes les langues communautaire. Aussi ne voit-on pas très bien quelles sont les dispositions légales qui relèvent du champ d'application de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2. Les participants ont toutefois estimé à l'unanimité que le but de cet article n'est pas d'exclure tout contrôle des

dispositions légales. Certains participants étaient favorables à une interprétation selon laquelle le contrôle de la transparence des dispositions légales serait justifié, car ce contrôle ne porterait pas sur les textes législatifs proprement dits, mais sur l'utilisation de ces textes législatifs dans les circonstances particulières qui entourent le contrat type en question. Une clarification à ce sujet de la part de la Commission ou de la Cour de justice est certainement nécessaire.

# Workshop 5

## Clearing of the market: the mechanism for controlling unfair terms (Article 7)

Chairman: M.J. CALAIS-AULÓY, Professor at the Faculty of Law of Montpellier I, France

### A. preliminary document

As regards control mechanisms the directive leaves the Member States certain room for manoeuvre. Naturally, Member States have to create mechanisms to eliminate unfair terms, but they have a choice as to the means. Hence a diversity of mechanisms exists within the European Union.

There are three categories of control mechanisms, depending on the time they are implemented. In reverse chronological order we have: remedial control, preventive control, ultra-preventive control.

#### 1. Remedial control, after conclusion of the contract

Article 6(1) of the directive provides that ‘Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms’.

This provision has been transposed in various ways into domestic law. For example in France, the law holds that unfair terms are ‘deemed unwritten’.

But the rule cannot simply be applied without further ado. To determine whether, in a contract already concluded, a given term is unfair and hence not binding on the consumer, a check has to be performed. The directive is silent on this *a posteriori* control. Hence, the Member States are free to choose both as regards the competent authorities and the type of action.

**Competence.** In the case of a contract already concluded, it is naturally for the courts to identify the existence of unfair terms. The competence may be vested:

- either in ordinary law courts, who may have the opportunity to consult a specialised advisory body (such as an unfair terms commission);
- or a specialised court (Market Court, consumer court or unfair terms tribunal).

**Type of action.** Control of the existence of unfair terms in a contract already concluded may be performed:

- either incidentally, in connection with an action brought by one of the contracting parties against the other (in an action brought on the grounds of non-conformity of the product sold, for example, the consumer will plead that the term waiving the seller’s liability is unfair);
- or in a principled manner, via an action specially designed to determine whether a given term is unfair (individual action brought by the consumer or class action).

## 2. Preventive control: between the drafting and conclusion of the contract

Article 7 of the directive runs:

'1. Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers.

2. The means referred to in paragraph 1 shall include provisions whereby persons or organisations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers, may take action according to the national law concerned before the courts or before competent administrative bodies for a decision as to whether contractual terms drawn up for general use are unfair, so that they can apply appropriate and effective means to prevent the continued use of such terms.'

This control is designed not only to nullify unfair terms but, more radically, to eliminate them. Hence the method is preventive, because it applies to contracts which have not yet been concluded, to 'standard contracts'. At the same time it has a collective effect, because it tends to protect all consumers who will later conclude contracts on the basis of models purged of their unfair terms.

The mechanism which the Member States must put in place involves three phases, pursuant to Article 7(2):

- (1) The control initiative. It is up to 'persons or organisations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers'. In most Member States, this will be a matter for the consumer associations, at least those that are recognised as representative (in France the approved associations). In certain Member States the initiative may be taken by a person responsible for protecting the public interest, such as the Director of the Office of Fair Trading, the ombudsman, or possibly the Ministry for Public Order. Finally, Member States are free to include initiatives of professional organisations.
- (2) Exercise of control. Persons or organisations may take action 'before the courts or before competent administrative bodies' so that these can determine whether the terms submitted to them are unfair or not. This control is generally performed by ordinary law courts (hence in France the approved associations may request the civil court to enjoin the elimination of unfair terms. Member States may also vest competence in specialised courts (market courts, consumer court, unfair terms tribunal) or out-of-court administrative bodies.
- (3) Appropriate and effective means. The courts or competent administrative bodies must have 'appropriate and effective means' to prevent the continued use of unfair terms. Certain countries have opted for a non-binding method: thus in France the Unfair Terms Commission merely delivers recommendations. This method is not to be rejected but the directive requires more — namely 'appropriate and effective means'. Hence the courts or supervisory bodies should be empowered to enjoin professionals to eliminate unfair terms from their standard contracts.

Naturally this presupposes that penalties be imposed on offenders. These penalties may be either civil, penal or administrative. For example in France the court that enjoins a professional to eliminate an unfair term may sentence him to pay a fine in the event of failure to comply with the decision.

## 3. Ultra-preventive control: during the drafting of the contract

Ultra-preventive control is not prescribed by the directive. But it is not prohibited, because Article 8 allows Member States to adopt or retain more stringent provisions to ensure a maximum degree of protection for the consumer.

This control is exercised when drafting the standard contract, before it is even proposed to consumers. Two procedures may be used.

The first procedure is to require professionals to submit their draft contracts for approval by a court or administrative authority. This body refuses to endorse the contract if it finds it contains unfair terms. Absent an endorsement, the contract may not be proposed to consumers. This procedure is difficult to employ for all consumer contracts, but it may be applied in certain sectors, notably in the case of insurance or bank contracts.

A second procedure is to organise a system of collective consumer agreements. The standard-form contracts are drafted, not unilaterally by professionals, but via negotiation between consumer associations and professionals (or professional organisations). Hence from the outset the associations can ensure that the contractual terms are balanced. There have been some collective negotiations in this area in certain Member States.

#### 4. Additional comments for discussion

**Re point 1. Remedial control:** a request for a preliminary ruling was submitted to the CJEC on 31 March 1998 by Barcelona Court of First Instance No 35, to determine whether Directive 93/13/EEC allows the national court to assess *ex officio* the unfair nature of the contractual term submitted for judgment when examining the admissibility of an action brought before the ordinary courts. Since Spanish case-law was not very clear on this point, the court decided to refer the matter to the CJEC.

The concrete question concerns a broader issue, namely whether Directive 93/13/EEC allows the national court, when it examines the admissibility of an action, to assess *ex officio* the unfair nature of any contractual term connected with the action that is brought to its attention.

Although Directive 93/13/EEC does not say in so many words that its provisions must be invoked *ex officio* by the national courts, in our opinion Directive 93/13/EEC imposes, or at least does not rule out, such an *ex officio* assessment.

In actual fact Directive 93/13/EEC pursues two objectives. The first is to protect consumers against unfair terms contained in the contract they have concluded (Article 6); the second is to prevent contracts from containing unfair terms (Article 7).

To achieve the first goal, Article 6(1) imposes an obligation as to results on the Member States, viz. that unfair terms shall not be binding on consumers. The specific penalty to be imposed (nullity, annulment, non-existence, etc.) and the associated modalities are a matter for the Member States, provided the objective itself is achieved.

If national legislation does not allow the courts to assess *ex officio* the unfair nature of a contractual term, the objective imposed by the directive will not be attained if the consumer or his representative fails to invoke this remedy before the court. In this case the court's decision would mean that contractual terms would always be binding on the consumer, despite their unfairness.

Besides, and in line with the second objective of Directive 93/13/EEC concerning the elimination of unfair terms, one might even remark that if this system worked perfectly the offending term would no longer feature in the contract and hence could no longer be invoked.

By assessing the unfairness of a term *ex officio*, the court merely puts the contract in the situation in which it would have been had the system put in place operated perfectly.

The imperative nature of the protection Directive 93/13/EEC seeks to provide is also underpinned by Article 6(2), which provides that Member States are obliged to take measures to ensure that consumers do not lose the protection granted by the directive.

Hence, it seems essential, in order to preserve the scope and safeguard the effectiveness of Directive 93/13/EEC, that the directive can be relied on *ex officio* by the competent courts whenever they are required to take cognisance of terms which could be construed as unfair.

Experience in other Member States also shows that the courts are reluctant to *act ex officio*. For example in France, one initial court had *ex officio* invoked the unfair nature of the term, which

was not in itself unusual, but this judgment was appealed and the Appeals Court struck it down on grounds of procedural errors (Cass. civ. 16/02/1994 — INC No 3326 — CLAB fr000524.fic). This position, which we believe falls foul of the spirit of the directive, is very harmful to isolated consumers, notably when they do not have a lawyer, as so often happens in the case of small disputes (cf. CLAB report, France, prepared by Mrs M. Thiry-Duarte).

**To guarantee effective enforcement of the legislation governing unfair terms, should not the text of the directive explicitly stipulate the court's freedom to assess unfair terms *ex officio*?**

**As regards point 2. Preventive control**, in the light of the experience gained, **what type of player** is best suited for bringing actions for injunctions in respect of unfair terms — consumer associations or public bodies?

As regards judicial supervision, several preventive control systems coexist in Europe, notably the **ordinary law courts** (Germany, Portugal, France, etc.) and the unique **special courts** (Nordic countries, United Kingdom, Ireland). In the light of experience in the past five years and the evaluation of the different systems of supervising and rationalising the market, what are the major merits and demerits of each approach? **Which system is best?**

Besides, in the light of experience with these different systems, notably as regards their effectiveness, should the directive require Member States to impose penalties on professionals that use terms deemed to be unfair (as in Spain — cf. CLAB report, Spain, prepared by Mrs N. Morte Rego) and/or in respect of recalcitrant professionals after a judgment has been handed down?

Should one retain a voluntary system which merely contains an obligation as to results or should one consider requiring the Member State to create a specific body to monitor unfair terms and promote model contracts free of unfair terms (as is done in the Nordic countries and France in particular)?

In the light of the experience of the players concerned and the barriers they have encountered, should the directive be more explicit as regards the appropriate and effective means, notably the obligation to put in place emergency procedures?

In this connection the Commission has received several complaints from Italian associations. Italy transposed Article 7(1) and (2) of Directive 93/13/EEC via Article 1469e of the Civil Code, which provides for a normal action and an emergency procedure when there are good grounds for the latter. In itself this national provision seems to be a good transposition. The complaint made by the Italian associations is that the courts interpret the notion 'good grounds' too restrictively (uniquely to protect essential primary rights of consumers, such as life and health) and so they want the legislation to be amended with an eye to clarification (and, likewise, to give the courts greater freedom).

Directive 93/13/EEC does not expressly require Member States to provide for an emergency procedure, but this could be derived from the obligation incumbent on them pursuant to Article 7 to apply appropriate and effective means to enjoin professionals to desist from using or proposing unfair terms. Besides, the emergency procedure is provided for in other European directives, notably Directive 85/45/EC on misleading advertising and Directive 98/27/EC on injunctions for the protection of consumers' interests.

**Concerning point 3. Ultra-preventive control**, note that system existed in the field of insurance, but that it was outlawed by the third-generation insurance directives.

Besides, the Economic and Social Committee pointed out in its opinion on consumers in the insurance market that even in cases where procedures based on national codes of practice appear to achieve meaningful results in the countries where they exist, their 'temporal' nature, in addition to their dependence on specific cultural factors, means that they cannot be considered for adoption as an overall solution ('ESC opinion on consumers in the insurance market', OJ 95 of 30.3.1998, point 3.6.2.).



The Member States have had different experiences in this connection. In France it seems that the collective agreements concluded with professional organisations have not had much impact, notably in the case of so-called 'approved contract' agreements such as the one signed by an insurance company in 1990, under the aegis of the authorities. The downside of these agreements, besides the fact that their effects are limited to the signatory organisations, was that they were negotiated at local level, and so could not constitute a real advance in consumer protection. On the other hand, Sweden seems to have been more fortunate in this regard because, in the wake of negotiations in certain sectors between professional organisations and the Swedish Consumer Agency and the approval by the latter of agreements on model contracts, the number of decisions handed down by the competent courts concerning unfair terms has fallen significantly.

Here one might ask whether it would perhaps be better to start preparing sectoral codes of conduct at European level together with the professional organisations and the consumer associations, possibly with the Commission's support. Professionals who commit themselves to a code of conduct could then be singled out by a logo. The Health and Consumer Protection DG has plans to launch a pilot experience of this kind in autumn 1999.

## B. Final report

Our workshop's task was to describe the various mechanisms for vetting unfair terms and compare their pros and cons. It is difficult to recapitulate the wealth of the debates in a few pages; this summary is no more than a pale reflection of the proceedings.

Mechanisms for vetting unfair terms can be defined as procedures that make it possible to determine whether a given contractual term is unfair and, if so, have it removed.

These procedures differ somewhat depending on the legislation in question, because the 1993 directive confines itself to guidelines that leave the Member States a large margin for manoeuvre. However, control mechanisms can be broken down into three categories, depending on when they are implemented. I will present them in reverse chronological order: remedial control, preventive control, ultra-preventive control.

### 1. Remedial control: after conclusion of the contract

This control is mandatory pursuant to Article 6(1) of the 1993 directive:

'Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms'.

For example, in France the law holds that unfair terms are 'reputed as unwritten'.

But the rule cannot be applied without further ado. To determine whether, in an existing contract, a given term is unfair and hence not binding on the consumer, a check has to be performed. There are considerable differences between Member States as regards this remedial control. The control is generally performed by the courts, using one or other of the following two procedures:

- the consumer brings an action against a professional specifically to adjudicate whether a contract term is unfair; hence in this case the control is the main purpose of the action; it appears that actions of this kind are infrequent;
- the control is performed incidentally, in connection with an action brought by one of the contracting parties against the other; this type of control is far more frequent: for example, the consumer may bring an action against a professional for non-conformity of the product sold, arguing that the term waiving the seller's liability is unfair.

Here the main problem is to determine whether the court adjudicating a dispute over a contract between a professional and a consumer can *ex officio* identify the unfair nature of a term in this contract. *Ex officio* means cases in which the consumer fails to alert the court to the unfair nature of the term. This question is answered differently depending on the Member States. The matter has been referred to the European Court of Justice by a Barcelona court; at this writing a ruling was still pending.

In our workshop we agreed that the courts should be entitled to rule on the unfair nature of a term *ex officio*. The point is that certain consumers, because of their weakness, may not be able to avail of the rules designed to protect them. Hence, it would be a good thing for the amended directive to require Member States to vest this power in the courts.

Remedial control is necessary but not enough. It can only protect individual consumers. We will see that it is preventive control as such that ensures collective prevention.

## 2. Preventive control: before conclusion of the contract

Preventive control is foreseen by Article 7 of the unfair terms directive:

‘1. Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers.

2. The means referred to in paragraph 1 shall include provisions whereby persons or organisations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers, may take action according to the national law concerned before the courts or before competent administrative bodies for a decision as to whether contractual terms drawn up for general use are unfair, so that they can apply appropriate and effective means to prevent the continued use of such terms.’

This control is designed not only to nullify unfair terms but, more radically, to eliminate them. Hence the method is preventive, because it applies to contracts which have not yet been concluded, to what are known as ‘general terms and conditions’ or ‘standard-form contracts’. At the same time it has a collective effect, because it tends to protect all consumers who will later conclude contracts on the basis of general terms and conditions purged of their unfair terms.

The workshop discussed preventive control at length, because it is the most important form of control and the one that raises the greatest number of problems.

### *First problem: the multiplicity of control systems*

In most Member States the initiative lies with the consumer associations, which may seek injunctions for the removal of unfair terms. The United Kingdom adopts a different tack: the Director of the Office of Fair Trading invites professionals to remove unfair terms and achieves this objective through the theoretical threat of court action, but without having to exercise it. The same system applies to the northern European countries, thanks to the activities of the Ombudsman. Besides, certain Member States have collegial bodies whose mission is to ‘recommend’ the removal of unfair terms — as in France with the Unfair Terms Commission.

Should the system of preventive control be standardised? The majority in our workshop considered that such harmonisation would be difficult and that there is little to be said for it. It is enough to require Member States to apply adequate and effective means, in accordance with the unfair terms directive. Each Member State has its own traditions: an approach that might succeed in one country might well fail elsewhere. Hence, a certain multiplicity seems unavoidable, at least at the present stage of European construction.

### *Second problem: the cost of the procedure*

Consumer associations that seek injunctions for the removal of unfair terms incur considerable expense. Hence there is a financing problem. In bringing actions the associations fulfil a mission in the general interest. It is only right that they should be helped.

A possible source of finance already exists in certain Member States and could be generalised: it consists in entitling the associations to seek damages. Theoretically, these damages are awarded to compensate for the harm done to the collective interests of consumers. In practice, they are more of a punitive nature. The amended directive could require Member States to allow consumer associations that bring actions for the injunction of unfair terms to obtain damages.

### *Third problem: the slowness of the procedure*

When injunctions are sought for the removal of unfair terms, the final ruling may be a long time coming, even up to several years. In the meantime the term continues to produce its effects. Of course, most legal orders provide for accelerated procedures, such as the temporary injunction in France. But use of these procedures is subject to strict conditions and generally injunctions for the removal of unfair terms fall outside their remit.

Hence, our workshop considered that the amended directive should require Member States to put in place a procedure allowing for the rapid removal of unfair terms. The provisions might be

similar to those of Directive 84/450/EEC on misleading advertising that provide for an 'accelerated procedure either with interim effect or with definitive effect'.

***Fourth problem: effect concerning the res judicata***

When a court injuncts the removal of unfair terms, its decision is binding only on the professionals who are party to the case. It has no effect on other professionals who use identical terms. The relativity of the *res judicata* is a principle which cannot be avoided. But at least, as regards unfair terms, one should try to limit its drawbacks. One way of doing this would be to provide for publicising terms which have been found to be unfair by the courts: this publicity would put moral pressure on professionals and could lead them to remove identical terms in their own contracts of their own accord.

The relative effect also manifests itself as regards the terms themselves: terms found to be unfair are of necessity defined by the court ruling and this ruling has no effect on terms which do not come within the definition. However, the professional in question may well replace the outlawed terms by other terms that are just as unfair but that are not covered by the judgment. To avoid this type of stratagem, the directive could provide that the scope of the judgment extend to all terms with an identical result, irrespective of their wording.

***Fifth problem: sanctions***

To effectively remove unfair terms, sanctions must be imposed on professionals who do not respect the court judgments. The sanctions laid down by national laws are of a miscellaneous nature: civil, penal (fines) or administrative. However, despite the obligation imposed by the directive on Member States to provide for 'adequate and effective means', it seems that in certain countries these sanctions are absent or inadequate. Our workshop would like to see a provision added to the directive, requiring Member States to provide for adequate sanctions in the event of failure to comply with judgments enjoining the removal of unfair terms.

**3. Ultra-preventive control: during the drafting of the general terms and conditions**

This control is not prescribed by the unfair terms directive. But neither is it outlawed, because Article 8 allow Member States to adopt or retain more stringent provisions to ensure a maximum degree of protection for the consumer. Besides, several Member States apply this type of control.

This control is exercised when drafting the general terms and conditions, even before they are used in contracts between professionals and consumers.

Two procedures may be used:

- The first procedure is to require professionals to submit their draft general terms and conditions for approval by the courts or an administrative authority. This body refuses to endorse them if they contains unfair terms. Absent an endorsement, the general terms and conditions may not be used. This procedure is used in certain sectors such as banking or insurance. Its effectiveness, as regards consumer protection, is uncertain. Our workshop prefers the second procedure.
- The second procedure is to organise a system of collective consumer contracts. The general terms and conditions are drafted in the context of negotiations between consumer associations on the one hand and professionals or professional organisations on the other. Hence, from the outset the associations can ensure that the contractual terms are balanced. This system has worked well in the United Kingdom and the countries of northern Europe.

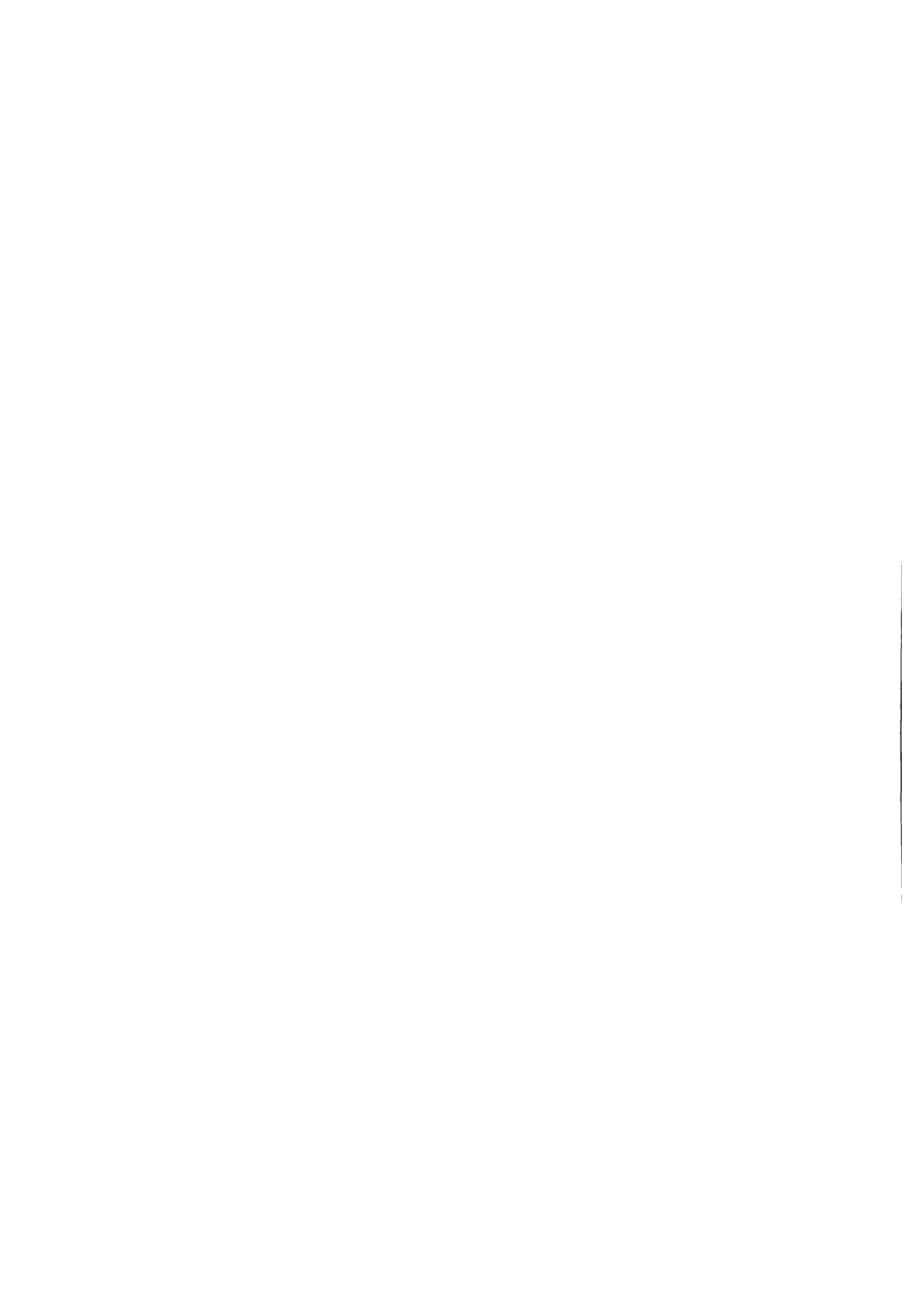
These collective agreements might be encouraged by the European institutions, or even orchestrated at Community level. To ensure that they are respected, a logo might be created for exclusive use by professionals whose general terms and conditions are in conformity with the collective agreement.

But the encouragement given to collective agreements should not under any circumstances lead to the disappearance of the two other methods of controlling unfair terms. It is often only when threatened with litigation that professionals consent in negotiations with consumer associations to modify their general terms and conditions. Hence, our workshop considers that collective agreements should supplement other control systems rather than replace them.

#### **4. Conclusion**

Our workshop wants the key features of the unfair terms directive to be maintained as regards the mechanisms for controlling unfair terms. However, certain additions could render controls more effective: empowering the courts to identify unfair terms *ex officio*, possibility for associations of obtaining damages, introduction of accelerated procedures, publicising of terms judged to be unfair, widening of the scope of judgments to all similar terms, adoption of adequate sanctions, encouragement to negotiate collective agreements.

I think these are the main proposals we arrived at in our workshop. I am providing them in outline form. It is for Health and Consumer Protection DG to scrutinise them in depth and to decide whether they can be taken into account in a new version of the unfair terms directive.



# Atelier 5

## L'assainissement du marché: le mécanisme de contrôle des clauses abusives (article 7)

Président: M. J. Calais-Auloy, professeur à la faculté de droit de Montpellier I, France

### A. Document préparatoire

En ce qui concerne les mécanismes de contrôle, la directive laisse aux États membres une marge de liberté. Certes, les États membres doivent instituer des mécanismes permettant d'éliminer les clauses abusives, mais ils ont le choix des moyens. Une diversité de mécanismes peut donc être constatée au sein de l'Union européenne.

Les mécanismes de contrôle se répartissent en trois catégories, selon le moment où ils sont mis en œuvre. Nous les prendrons dans un ordre chronologique rétrograde: contrôle curatif, contrôle préventif, contrôle ultrapréventif.

#### 1. Contrôle curatif: après la conclusion du contrat

Article 6, paragraphe 1, de la directive: «Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.»

Cette disposition a été transposée sous des formes diverses dans les législations nationales. En France, par exemple, il est dit que les clauses abusives sont «réputées non écrites».

Cependant, la règle ne peut pas s'appliquer d'elle-même. Pour savoir si, dans un contrat déjà conclu, telle cause est abusive et dès lors ne lie pas le consommateur, un contrôle s'impose. La directive ne dit rien de ce contrôle a posteriori. Un choix s'offre donc aux États membres, tant pour la compétence que pour le type d'action.

*Compétence:* vu qu'il s'agit d'un contrat déjà conclu, c'est naturellement aux tribunaux qu'il appartient de déceler l'existence de clauses abusives. La compétence peut être attribuée soit:

- aux juridictions de droit commun, ayant éventuellement la possibilité de demander un avis à un organe consultatif spécialisé (du type commission des clauses abusives);
- à une juridiction spécialisée (tribunal du marché, tribunal des consommateurs ou tribunal des clauses abusives).

*Type d'action:* le contrôle de l'existence de clauses abusives, dans un contrat déjà conclu, peut être effectué soit de façon:

- incidente, à l'occasion d'une action exercée par l'un des contractants contre l'autre (à l'occasion d'une action pour non-conformité de la chose vendue, par exemple, le consommateur fera valoir que la clause excluant la responsabilité du vendeur est abusive);
- principale, au moyen d'une action spécialement destinée à faire juger que telle ou telle clause est abusive (action individuelle exercée par le consommateur contractant; on pourrait aussi concevoir une action de groupe).

## 2. Contrôle préventif: entre la rédaction et la conclusion du contrat

Article 7 de la directive:

«1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que les concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.»

Ce contrôle vise non pas simplement à priver les clauses abusives d'effet juridique, mais plus radicalement à les supprimer. La méthode est donc préventive, puisqu'elle s'applique à des contrats qui ne sont pas encore conclus, à des «modèles de contrat». Elle a du même coup un effet collectif, puisqu'elle tend à protéger tous les consommateurs qui, ultérieurement, concluront des contrats sur la base des modèles purgés de leurs clauses abusives.

Le mécanisme que les États membres doivent mettre en place se décompose, selon l'article 7, paragraphe 2, en trois phases.

- 1) *L'initiative du contrôle*: elle appartient à «des personnes ou des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs». Dans la plupart des États membres, il s'agit des associations de consommateurs, du moins de celles qui sont reconnues représentatives (en France, les associations agréées). Dans certains États, l'initiative peut venir d'une personne chargée d'une mission d'intérêt public, comme le directeur de l'*Office of Fair Trading*, le médiateur, voire le ministère public. Enfin, il n'est pas interdit aux États membres d'ajouter aux initiatives précédentes celle d'organisations professionnelles.
- 2) *L'exercice du contrôle*: les personnes ou organisations ayant l'initiative saisissent «les tribunaux ou les organes administratifs compétents», afin que ceux-ci déterminent si les clauses qui leur sont soumises ont, ou non, un caractère abusif. Le contrôle est généralement exercé par les tribunaux de droit commun (ainsi, en France, les associations agréées peuvent demander aux tribunaux civils d'ordonner la suppression des clauses abusives). Les États membres peuvent aussi donner compétence à des tribunaux spécialisés (tribunal du marché, tribunal des consommateurs, tribunal des clauses abusives), ou à des organes administratifs non juridictionnels.
- 3) *Les moyens adéquats et efficaces*: les tribunaux ou les organes administratifs compétents doivent disposer de «moyens adéquats et efficaces» afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives. Certains États ont adopté une méthode non contraignante: ainsi, en France, la commission des clauses abusives émet de simples recommandations. Cette méthode n'est pas à rejeter, mais la directive exige plus, des «moyens adéquats et efficaces». Il faut donc que les tribunaux ou organes chargés du contrôle aient le pouvoir de contraindre les professionnels à supprimer les clauses abusives de leurs modèles de contrats. Cela suppose sans doute que des sanctions menacent les professionnels récalcitrants, sanctions qui peuvent, selon les États, être civiles (astreintes), pénales (amendes) ou administratives. En France, par exemple, le tribunal qui enjoint au professionnel de supprimer une clause abusive peut le condamner à payer une astreinte en cas de non-respect de la décision.

## 3. Contrôle ultrapréventif: lors de la rédaction du contrat

Ce contrôle n'est pas prévu par la directive. Cependant, il n'est pas interdit par elle, puisque l'article 8 permet aux États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.



Il s'agit d'un contrôle qui s'exerce dès la rédaction du modèle de contrat, avant même que celui-ci ne soit proposé aux consommateurs. Deux procédés peuvent être utilisés.

Un premier procédé consiste à obliger les professionnels à soumettre leurs projets de contrat au visa d'une autorité judiciaire ou administrative. Celle-ci refuse son visa si elle décèle la présence de clauses abusives. En l'absence de visa, le contrat ne peut pas être proposé aux consommateurs. Cette procédure est difficilement utilisable pour l'ensemble des contrats de consommation, mais elle peut l'être dans certains secteurs, notamment pour les contrats d'assurance ou les contrats bancaires.

Un second procédé consiste à organiser un système d'accords collectifs de la consommation. Les modèles de contrat sont alors rédigés, non pas unilatéralement par les professionnels, mais par négociation entre d'un côté des associations de consommateurs et de l'autre des professionnels (ou des organisations professionnelles). Les associations peuvent ainsi veiller, dès l'origine, à l'équilibre des clauses du contrat. On trouve quelques exemples de ces négociations collectives dans certains États membres.

#### **4. Commentaires supplémentaires de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs**

**Concernant le point 1 «Contrôle curatif»**, il est à noter qu'une question préjudicielle posée le 31 mars 1998 par le tribunal de première instance n° 35 de Barcelone est actuellement pendante devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) sur la question de savoir si la directive 93/13/CEE permet au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat soumis à son appréciation lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions ordinaires. La jurisprudence espagnole n'étant pas très claire sur ce point, le juge a préféré poser la question à la CJCE.

La question concrètement posée concerne une *question plus large qui est celle de savoir si la directive 93/13/CEE permet au juge national, lorsque celui-ci examine la recevabilité d'une demande, d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle* quelconque relative à la demande portée à son égard.

Bien que la directive 93/13/CEE ne prévoise pas de manière explicite que ses dispositions doivent être soulevées d'office par les juridictions nationales, à notre avis, il n'en reste pas moins que la directive 93/13/CEE impose, ou tout au moins, permet cette appréciation d'office.

En effet, la directive 93/13/CEE poursuit deux objectifs: le premier consiste à protéger le consommateur contre des clauses abusives insérées dans le contrat qu'il aurait conclu (article 6); le deuxième est d'empêcher que les contrats contiennent des clauses abusives (article 7).

Pour atteindre le premier objectif, la directive impose dans son article 6, paragraphe 1, une obligation de résultat aux États membres, à savoir que les clauses abusives ne doivent pas lier les consommateurs. La sanction spécifique (nullité, annulation, inexistance, etc.) ainsi que son régime sont laissés à l'appréciation des États membres *pourvu que l'objectif fixé soit atteint*.

Or si la législation nationale ne permet pas au juge d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, l'objectif fixé par la directive ne sera pas atteint chaque fois que le consommateur ou son représentant omettent d'invoquer ce moyen devant le juge. Dans ce cas, la décision du juge aboutirait à ce que des clauses contractuelles lieraient toujours le consommateur, malgré leur caractère abusif.

En outre, et conformément au deuxième objectif de la directive 93/13/CEE qui a trait à la suppression des clauses abusives, on pourrait même ajouter que si le système avait fonctionné de manière parfaite, la clause incriminée ne se trouverait plus dans le contrat et ne pourrait donc plus être invoquée.

En soulevant d'office l'application d'une clause abusive, le juge ne fait plus que mettre le contrat dans la situation dans laquelle il devrait se trouver si le système mis en place avait fonctionné de manière parfaite.

Le caractère impératif de la protection voulue par la directive 93/13/CEE est encore confirmé par l'article 6, paragraphe 2, qui prévoit que les États membres ont l'obligation de prendre des mesures en vue de ne pas priver le consommateur de la protection à laquelle il a droit en vertu de la directive.

**Par conséquent, il semble primordial, afin de préserver la portée et de sauvegarder l'effet utile de la directive 93/13/CEE, que celle-ci puisse être soulevée d'office par les juridictions compétentes chaque fois qu'elles sont amenées à connaître des clauses pouvant être déclarées abusives.**

L'expérience dans d'autres États membres semble également montrer que les juges sont réticents pour se saisir d'office. En France, par exemple, un premier juge avait soulevé d'office le caractère abusif de la clause, ce qui n'était pas une chose rare, mais cette décision a fait l'objet d'un pourvoi et la Cour de cassation l'a cassée pour vice de procédure (cassation civile 1e 16 février 1994 — INC n° 3326 — Clab fr000524.fic). Cette position, qui selon nous est contraire à l'esprit de la directive, est très préjudiciable au consommateur isolé, en particulier lorsqu'il se présente sans avocat, ce qui sera souvent le cas lorsqu'il se présente devant un juge compétent pour les petits litiges (voir rapport CLAB, France, préparé par M<sup>me</sup> M. Thiry-Duarte).

**Pour permettre une application efficace de la législation sur les clauses abusives, ne faudrait-il pas expliciter dans le texte de la directive, la faculté dont devrait jouir le juge de se saisir d'office du contrôle du caractère abusif des clauses?**

**Concernant le point 2 «Contrôle préventif», au vu de l'expérience accumulée, quel type d'acteur semble-t-il le plus approprié pour mener à bien les actions en cessation de clauses abusives, les associations de consommateurs ou des organismes publics?**

Dans le cas du contrôle judiciaire, plusieurs systèmes de contrôle préventif cohabitent en Europe, notamment les **tribunaux de droit commun** (Allemagne, France, Portugal, etc.) et les **tribunaux spéciaux** uniques (pays nordiques, Irlande, Royaume-Uni). Au vu de l'expérience des cinq dernières années et de l'évaluation des différents systèmes de contrôle et d'assainissement du marché, quels paraissent être leurs avantages et leurs inconvénients majeurs? **Quel système semble préférable?**

En outre, au vu de l'expérience observée dans ces différents systèmes, notamment au point de vue de leur efficacité, la directive devrait-elle **prévoir l'obligation pour les États de prévoir des sanctions pour les professionnels qui ont utilisé des clauses jugées abusives** (comme en Espagne — voir rapport CLAB, Espagne, préparé par M<sup>me</sup> N. Morte Rego) **ou/et contre les professionnels récalcitrants** après qu'un jugement ait été rendu?

Devrait-on garder un système volontaire avec simplement obligation de résultat ou envisager l'obligation pour l'**État membre de créer un organisme spécifique de contrôle des clauses abusives et de promotion** de modèle de contrats exempts de clauses abusives (comme dans les pays nordiques ou en France, notamment)?

Au vu de l'expérience des acteurs concernés et des obstacles qu'ils ont rencontré, faudrait-il que la directive soit plus explicite par rapport aux moyens adéquats et efficaces, **notamment l'obligation de prévoir des procédures d'urgence?**

Sur ce dernier aspect, il faut noter que la Commission a reçu plusieurs plaintes d'associations italiennes. En effet, l'Italie a transposé l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13/CEE par l'article 1469 *sexies* du code civil, qui prévoit la possibilité d'une action normale et une procédure d'urgence lorsqu'il y a de bons motifs d'urgence. En soi, cette disposition nationale semble une bonne transposition. Le grief qui est fait par les associations italiennes est que l'interprétation qui est faite par les juges de la notion de «bons motifs d'urgence» est trop restrictive (uniquement pour protéger les droits primaires essentiels des consommateurs, comme ceux de la vie et de la santé) et qu'il faudrait donc une modification de la législation pour la rendre plus claire (et, par la même, rendre la jurisprudence moins restrictive).

La directive 93/13/CEE ne prévoit pas expressément l'obligation pour les États membres de prévoir une procédure d'urgence, mais cela pourrait découler de l'obligation qui leur incombe, en vertu de l'article 7 de la directive, de prévoir des moyens efficaces et adéquats pour faire cesser l'usage ou la recommandation de clauses abusives. La procédure d'urgence est d'ailleurs prévue dans d'autres directives européennes, notamment la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse et la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

**Concernant le point 3 «Contrôle ultrapréventif»**, il faut noter que ce système existait dans le domaine des assurances, mais qu'il a été interdit par les directives «Assurances» troisième génération.

D'ailleurs, le Comité économique et social faisait remarquer, dans son avis sur les consommateurs dans le marché des assurances, que même dans le cas où des codes de conduite nationaux débouchent sur des procédures qui semblent parvenir à des résultats significatifs, dans les pays où ils sont adoptés, leur caractère provisoire, outre leur dépendance vis-à-vis de facteurs culturels spécifiques, ne permet pas de penser que leur adoption puisse être une solution susceptible d'être généralisée (avis du CES sur les consommateurs dans le marché des assurances, JO C 95 du 30.3.1998, p. 72).

Les expériences dans les différents États membres sur cette question sont sans doute variables. En France, il semble que l'efficacité des accords collectifs conclus avec des organisations professionnelles ait été limitée, notamment dans le cas des accords dits «contrats approuvés», comme celui passé par une société d'assurance en 1990, sous l'égide de l'administration. Ces accords, outre le fait qu'ils avaient un effet limité aux organisations signataires, avaient le désavantage d'être négociés sur le plan local, ce qui ne pouvait pas constituer une véritable avancée pour la protection des consommateurs. En Suède, par contre, l'expérience semble plus concluante puisque, à la suite des négociations, dans des secteurs particuliers, entre des organisations professionnelles et l'agence suédoise de la consommation et à l'approbation par celle-ci d'accords sur des modèles de contrats, le nombre de décisions rendues par les tribunaux compétents en matière de contrôle de clauses abusives a significativement diminué.

Dans ce cadre, serait-il préférable, que des travaux ayant pour but l'élaboration de codes de conduite par secteur, soient menés, au niveau européen, avec les organisations professionnelles et des associations de consommateurs, éventuellement avec le soutien de la Commission européenne? Les professionnels ayant adhéré au code de conduite pourraient alors se distinguer en utilisant un logo. Une expérience de ce type devrait être lancée prochainement par la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs, pour le secteur des voyages à forfait, si les associations européennes des professionnels concernés confirment leur disponibilité pour y participer.

## B. Rapport final

Notre atelier avait pour tâche de décrire les divers mécanismes de contrôle des clauses abusives et d'en comparer les mérites. Il est difficile de résumer en quelques pages les riches débats qui ont animé nos travaux: cette synthèse n'en sera qu'un pâle reflet.

Les mécanismes de contrôle des clauses abusives peuvent se définir comme les procédures qui permettent de déterminer si telle clause contractuelle est abusive et qui conduisent, si elle l'est, à son élimination.

Ces procédures différant quelque peu selon les législations, car la directive de 1993 se borne à tracer les lignes directrices et laisse aux États membres une importante marge de liberté. On peut cependant répartir les mécanismes de contrôle en trois catégories, selon le moment où ils sont mis en œuvre. Je les présenterai dans leur ordre chronologique rétrograde: contrôle curatif, contrôle préventif, contrôle ultrapréventif.

### 1. Contrôle curatif: après la conclusion du contrat

Ce contrôle est rendu nécessaire par l'article 6, paragraphe 1, de la directive de 1993.

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

Cette disposition a été reprise sous des formes diverses dans les législations nationales. En France, par exemple, le code de la consommation (article L 132-1) énonce que les clauses abusives sont «réputées non écrites».

Cependant, la règle ne peut pas s'appliquer d'elle-même. Pour savoir si, dans un contrat déjà conclu, telle clause est abusive et dès lors ne lie pas le consommateur, un contrôle s'impose. Pour ce contrôle curatif, il n'y a pas de grandes différences entre les États membres. Le contrôle est généralement exercé par les tribunaux, et il peut l'être selon l'une ou l'autre des deux procédures suivantes:

- ou bien, le consommateur contractant exerce contre le professionnel une action spécialement destinée à faire juger qu'une clause de leur contrat est abusive; le contrôle est alors exercé à titre principal; ce type d'action est, semble-t-il, peu fréquent;
- ou bien, le contrôle est effectué de façon incidente, à l'occasion d'une action exercée par l'un des contractants contre l'autre; c'est ce type de contrôle qui est de beaucoup le plus fréquent: exerçant contre le professionnel une action pour non-conformité de la chose vendue, par exemple, le consommateur fera valoir que la clause écartant la responsabilité du vendeur est abusive.

Le principal problème que nous nous sommes posé, à cet égard, est celui de savoir si le tribunal saisi d'un litige concernant un contrat entre professionnel et consommateur peut relever d'office le caractère abusif d'une clause de ce contrat. D'office, c'est-à-dire dans le cas où le consommateur omet de soulever devant le tribunal le caractère abusif de la clause. Cette question reçoit des réponses différentes selon les États membres. Elle a été posée à la Cour de justice par un tribunal de Barcelone: à l'heure où ces lignes sont écrites, la réponse n'a pas encore été apportée.

Il nous a paru nécessaire, dans notre atelier, de donner aux tribunaux le pouvoir de relever d'office le caractère abusif. Certains consommateurs risquent, en effet, en raison de leur faiblesse,

de ne pas savoir utiliser les règles qui les protègent. Il serait donc souhaitable que la directive modifiée oblige les États membres à accorder ce pouvoir aux tribunaux.

Le contrôle curatif est nécessaire, mais il n'est pas suffisant. Il ne permet en effet de protéger qu'un seul consommateur. Nous allons voir que le contrôle préventif assure, lui, une protection collective.

## **2. Contrôle préventif: avant la conclusion du contrat**

Le contrôle préventif est prévu par l'article 7 de la directive de 1993.

«1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.»

Ce contrôle vise non pas simplement à priver les clauses abusives d'effet juridique, mais plus radicalement à les supprimer. La méthode est donc préventive, puisqu'elle s'applique à des contrats qui ne sont pas encore conclus, à des documents appelés «conditions générales» ou «modèles de contrats». Elle a du même coup un effet collectif, puisqu'elle tend à protéger tous les consommateurs qui, ultérieurement, concluront des contrats sur la base de conditions générales purgées de leurs clauses abusives.

Le contrôle préventif a longuement occupé notre atelier, car c'est lui qui est le plus important et qui pose le plus grand nombre de problèmes.

### ***Premier problème: la pluralité des systèmes de contrôle***

Dans la plupart des États membres, l'initiative appartient aux associations de consommateurs, qui peuvent saisir les tribunaux pour leur demander la suppression des clauses abusives. Le Royaume-Uni connaît un système différent: le directeur de l'*Office of Fair Trading* invite les professionnels à supprimer les clauses abusives et obtient cette suppression sous la menace théorique d'une action en justice, mais sans qu'il soit nécessaire d'exercer celle-ci. Le système est similaire dans les États du nord de l'Europe, grâce à l'action du médiateur. En outre, dans certains États membres, il existe un organisme collégial qui a pour mission de «recommander» la suppression des clauses abusives: c'est le cas, en France, de la commission des clauses abusives.

Faut-il unifier le système de contrôle préventif? Notre atelier, dans sa majorité, a considéré que l'unification est difficile et peu souhaitable. Il suffit d'exiger des États membres qu'ils appliquent, selon les termes de la directive de 1993, des moyens adéquats et efficaces. Chaque État a ses propres traditions: ce qui réussit dans l'un ne réussirait pas forcément dans un autre. Une certaine pluralité paraît donc inéluctable, du moins au stade actuel de la construction européenne.

### ***Deuxième problème: le coût de la procédure***

Les associations de consommateurs qui exercent des actions en suppression de clauses abusives sont exposées à des dépenses considérables. Un problème de financement se pose donc. En exerçant des actions en justice, les associations remplissent une mission d'intérêt général. Il est donc juste qu'elles soient aidées.

Une source possible de financement existe déjà dans certains États membres et pourrait être généralisée: elle consiste à permettre aux associations d'obtenir en justice des dommages et intérêts. Théoriquement, ces dommages et intérêts sont faits pour réparer le préjudice causé à

l'intérêt collectif des consommateurs. Pratiquement, ils ont un caractère plus punitif qu'indemnitaire. La directive, dans sa nouvelle version, pourrait obliger les États membres à admettre l'octroi de dommages et intérêts aux associations de consommateurs qui obtiennent en justice la suppression de clauses abusives.

***Troisième problème: la lenteur de la procédure***

Quand la suppression de clauses abusives est demandée en justice, la décision définitive n'intervient qu'après un long délai, qui peut atteindre plusieurs années. Pendant ce temps, la clause continue à produire ses effets. Certes, dans la plupart des législations nationales de droit commun, il existe des procédures rapides, comme le référé en France. Cependant, l'ouverture de telles procédures est soumise à de strictes conditions qui ne sont généralement pas réunies pour la suppression de clauses abusives.

Notre atelier a donc souhaité que la directive modifiée oblige les États membres à instituer une procédure permettant d'obtenir rapidement la suppression des clauses abusives. Les dispositions pourraient être analogues à celles qui, dans la directive de 1984 concernant la publicité trompeuse, prévoient une «procédure accélérée, soit avec effet provisoire, soit avec effet définitif».

***Quatrième problème: effet relatif de la chose jugée***

Quand un tribunal ordonne la suppression de clauses abusives, sa décision n'est contraignante que pour le ou (les) professionnel(s) qui ont été parties à l'instance. Elle n'a aucun effet sur les autres professionnels utilisant des clauses identiques. La relativité de la chose jugée est un principe qu'on ne peut écarter. Cependant, il faudrait du moins, en matière de clause abusive, tenter d'en limiter les inconvénients. L'une des voies à suivre pourrait consister à organiser la diffusion des clauses qui ont été déclarées abusives par les tribunaux: cette publicité constituerait une pression morale sur les professionnels et pourrait les amener à supprimer spontanément les clauses identiques qui figurent dans leurs contrats.

L'effet relatif se manifeste aussi quant aux clauses: les clauses dont la suppression est ordonnée sont nécessairement définies par le jugement, et celui-ci n'a aucun effet sur les clauses qui n'entrent pas dans la définition. Or il arrive que les professionnels condamnés remplacent les clauses jugées abusives par d'autres clauses qui le sont tout autant, mais qui n'ont pas été visées par le jugement. Pour empêcher cette espèce de fraude au jugement, la directive pourrait prévoir que la portée des jugements s'étend à toutes les clauses ayant un résultat identique, quelle que soit leur formulation.

***Cinquième problème: les sanctions***

Pour que les clauses abusives soient effectivement supprimées, il est nécessaire que des sanctions menacent les professionnels qui ne respectent pas les jugements de condamnation. Les sanctions établies par les législations nationales sont de nature diverse: civiles (astreintes), pénales (amendes) ou administratives. Cependant, en dépit de l'obligation faite par la directive aux États membres de prévoir des «moyens adéquats et efficaces», il semble que dans certaines législations les sanctions soient absentes ou insuffisantes. Notre atelier a donc souhaité qu'une disposition soit ajoutée à la directive, pour obliger les États membres à prévoir des sanctions adéquates en cas de non-respect des jugements ordonnant la suppression de clauses abusives.

### **3. Contrôle ultrapréventif: lors de la rédaction des conditions générales**

Ce contrôle n'est pas prévu par la directive de 1993. Cependant, il n'est pas interdit par elle, puisque l'article 8 permet aux États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. De fait, plusieurs États membres connaissent ce type de contrôle.

Il s'agit d'un contrôle qui s'exerce dès la rédaction des conditions générales, avant même que celles-ci soient utilisées dans les contrats entre professionnels et consommateurs.

Deux procédés peuvent être utilisés.

- Un premier procédé consiste à obliger les professionnels à soumettre leurs projets de conditions générales au visa d'une autorité judiciaire ou administrative. Celle-ci refuse son visa si elle décèle la présence de clauses abusives. En l'absence de visa, les conditions générales ne peuvent être utilisées. Cette procédure est utilisée dans certains secteurs, comme la banque ou l'assurance. Son efficacité, pour la protection des consommateurs, n'est pas certaine. Notre atelier a marqué sa préférence pour le second procédé.
- Le second procédé consiste à organiser un système d'accords collectifs de la consommation. Les conditions générales sont alors rédigées par négociation entre, d'un côté, des associations de consommateurs et, de l'autre, des professionnels ou des organisations professionnelles. Les associations peuvent ainsi veiller, dès l'origine, à l'équilibre des clauses des contrats. Ce système a donné de bons résultats au Royaume-Uni et dans les États du nord de l'Europe.

Ces accords collectifs pourraient être encouragés par les instances européennes, voire organisés au niveau communautaire. Pour qu'ils soient effectivement respectés, un logo pourrait être créé, dont l'usage serait réservé aux professionnels dont les conditions générales sont conformes à un accord collectif.

Cependant, l'encouragement donné aux accords collectifs ne devrait en aucun cas faire disparaître les deux autres modes de contrôle des clauses abusives. C'est bien souvent sous la menace d'une action en justice que les professionnels acceptent de négocier avec les associations de consommateurs pour modifier leurs conditions générales. Notre atelier considère donc les accords collectifs comme un appoint et non comme un substitut.

#### **4. Conclusion**

En définitive, notre atelier a souhaité que soient conservées les grandes lignes de la directive de 1993, en ce qui concerne les mécanismes de contrôle des clauses abusives. Quelques adjonctions pourraient cependant rendre le contrôle plus efficace: pouvoir donné aux tribunaux de relever d'office le caractère abusif, possibilité pour les associations d'obtenir des dommages et intérêts, instauration de procédures rapides, diffusion des clauses jugées abusives, élargissement de la portée des jugements à toutes les clauses similaires, établissement de sanctions adéquates, encouragement donné à la négociation d'accords collectifs.

Telles sont les diverses propositions qui ressortent, me semble-t-il, des travaux de notre atelier. Je les livre à l'état d'ébauches. Il appartient à la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs d'approfondir la réflexion et de déterminer si ces propositions peuvent être prises en compte dans une nouvelle version de la directive concernant les clauses abusives.





# Workshop 6

## The application of the directive to the financial services and the new technologies

Chairman: Norbert REICH, Dr/Professor of Law at the University of Bremen, Germany

### A. Preliminary document

#### 1. Principle of transparency: terms not individually negotiated must be drafted in 'plain intelligible language'

- (1) Article 4(2) and 5 of Directive 93/13/EEC containing the transparency principle are of utmost importance for financial services and new technologies. This is true not only for consumer contracts in the classical sense but also for contracts with (small) traders.
- (2) Article 4(2) excludes a control of the subject matter and the adequacy of the price and remuneration of the contract only in case that the transparency principle is met. Price controls are therefore *e contrario* legitimate under EC law if terms (eg. on price increases, price adaptation, extent of insurance cover etc.) are intransparent.
- (3) Article 5 is seemingly limited to terms 'in writing'. New EC directives or proposals (sub IV) make it clear that terms proposed electronically must also be transparent.
- (4) The consumer model against which the transparency principle is to be measured conforms to the ECJ model of the 'average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect' ('consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé'), case C-210/96, judgment of 16.7.98 — Gut Springenheide, unless sensitive consumer groups are addressed, case 382/87, 16.5.89 — Buet.
- (5) Directive 93/13/EEC says nothing about contract language, in difference to Directive 92/96/EC on life assurance and Directive 94/47/EC on timesharing. Usually the applicable law under the rules of the Rome Convention resp. second insurance Directives 88/357/EC and Directive 90/619/EC will determine the contract language. There may be exceptions where the seller resp. supplier has reason to believe that the consumer to whom he offers a certain financial service (eg insurance or credit for a specific language group of the population) will not be capable of understanding the terms.
- (6) Directive 93/13 is silent on how a term becomes part of the contract. This is left to member state law, e.g. Germany Section 2 of the AGBG. The principles enshrined in German law should become a general standards for EC law:
  - express or implicit reference prior to or at the time of contracting (ausdrücklicher Hinweis oder Aushang bei Vertragsschluß);
  - reasonable possibility of the consumer to get knowledge (zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme);
  - consent to it as being part of the contract (Einverständnis).

- (7) Directive 93/13/EEC is not clear about consequences in case of breach of the transparency principle. Article 5 sentence 2 only mentions the *contra preferentem* rule which is however limited to individual contracts. In my opinion, an intransparent term must be regarded as substantially unfair, in the sense of Article 3, and is therefore caught under Article 7.
- (8) The transparency principle is directly applicable also in horizontal relations between consumers and suppliers because it is an expression of the consumer's right to information, per Article 153(1) of the EC Treaty in the Amsterdam version (cf. opinion of AG Lenz in case C-194/92, ECJ judgment of 7.3.96 — *El Corte Inglés*; for details Reich, Consumer Policy and the Amsterdam Treaty, Dublin Conference 2–3 October, 1998; Department of Enterprise, Trade and Employment, Ireland, 1998, p. 16).
- (9) Member States are under an obligation to transform effectively the transparency principle into their legislation. Germany, under the act of 19 July 1996, has not done so (cf. my critique in Reich, *European Review of Private Law*, 1997, 165). Court practice of the Bundes-gerichtshof (Federal Court — BGH NJW 1989, 222 and 589 and later cases with regard to credit and banking contracts) and the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court — BVerwG NJW 1998, 31216 concerning insurance terms) however have constantly held that the transparency principle is part of the general clause of Section 9 (1) AGB-Gesetz. It needs to be discussed whether this is sufficient implementation of EC law.
- (10) A decision of the German Federal Court of 14.10.1997 (NJW 1998, 383 with a critique by Basedow, LM AGBG Section 8 No 30; Reich, *Festschrift Schimansky 1999* to be published) on special fees for the use of credit cards abroad unfortunately does not have regard of the EC law transparency principle. It excludes control of this clause by arguing that it concerns the adequacy of the price and remuneration which cannot be controlled according to Section 8 AGBG, instead of invoking Article 4(2) of Directive 9/13/EEC which clearly says that the exemption of price control takes place *only if the transparency principle* has been fulfilled (supra No 2).

## 2. Determination of unfairness

- (11) Article 3(1) on determining unfairness is particularly important for financial service contracts. A yardstick can be found in specific Community directives trying to fix a fair balance between the parties of the contract when applicable. This is confirmed by an *argumentum e contrario* of Article 1(2).
- (12) A deviation of a term from a Community recommendation may also be deemed unfair, e.g. Community recommendations 97/489 on electronic payment systems and 98/286 on banking charges in relation to the changeover to the euro. This line of argument follows ECJ judgment of 13.12.89, case C-322/88 — *Grimaldi*.
- (13) According to Article 3(3), the annex contains an indicative and non-exhaustive list of terms which 'may be' regarded as unfair. This 'softening' of the original black list has provoked discussions on:
- whether or not it has legal effect at all;
  - whether Member States are under an obligation to at least publish it;
  - whether it may be used to interpret the standard of unfairness;
  - whether it should be considered by the courts in interpreting their national law (eg. the *Grimaldi* standard).
- (14) This author has taken the view that the list should be used as a criterion to interpret fairness (Reich, *Europäisches Verbraucherrecht*, 3. A. 1996, p. 350: „mittelbare Bindungswirkung'). Tenreiro has argued that Member States must at least publish the list in their implementing legislation (Ed. *Techniques Europe*, Mai 1993, p. 1). Howells/Wilhelmsson (*EC consumer*

*law*, 1997, p.106) argue that the annex should be taken into account when applying national general clauses. Heinrichs (*Law and diffuse interests in the European legal order*, 1997, p. 533) insists that the annex does not create any legal obligation vis-à-vis the (German) government. It remains to be seen what the ECJ says when a case on interpreting Directive 93/13/EEC is referred to it.

- (15) Part 2 of the annex contains exceptions for the grey list of Part 1 with special regard to financial services, e.g. terms on unilateral termination, terms to alter the rate of interest etc. under certain conditions. I should be discussed whether these exceptions are still justified, especially when the 'soft regime' of the annex according to the present version of Article 3(3) will be maintained in the future. It may be useful to define in more detail of what is meant by 'valid reason'.

### 3. Absence of a right to (positive) information right in Directive 93/13/EEC

- (16) The transparency principle is repeated and concretised by a right to positive information rather haphazardly in several directives on financial services, e.g. consumer credit, life (not risk!) insurance, cross-border money transfers etc. Directive 93/13/EEC unfortunately contains no such right of access to (essential) information, excluding a right to get a copy of the relevant terms for interested person (eg consumers wanting to enter into a contract or consumer associations for the purpose for examining terms and eventually bringing an action according to Article 7(2)). Under the minimum harmonisation clause, Member States may of course create such a right, e.g. France, but may also reject it like Germany.
- (17) Specific rules on access to information about contract terms are indirectly contained in the proposed directive on distance marketing of financial services of 19.11.98 (OJ EC C 385/10 of 11.12.98). According to Article 3 and 4, the consumer has a *délai de réflexion* of 14 days after having received the terms on paper or any other 'durable medium'. It remains to be seen how this instrument of transparency and decision making will work, especially with regard to complex contracts like mortgage credit, life assurance, and pension funds. Unfortunately this proposal which aims at a complete and not, as has been typical for EC consumer law directives as reaffirmed by Article 153(3) of the Amsterdam Treaty, a minimum harmonisation, will allow terms not individually negotiated to become part of the contract without the requirements of Section 2 AGBG being fulfilled. (cf. supra No 7).
- (18) Article 153 of the EC Treaty has created a positive consumer right to information which should be extended to the area of terms which have not been negotiated individually, in particular with regard to financial services. This should not depend on the type of marketing of financial services (for details cf. Reich, *Bürgerrechte in der Europäischen Union*, 1999, pp. 270 ff.).

### 4. New technologies

- (19) The Commission proposal of 23.11.98 (OJ EC C 30/4 of 5.2.99) on electronic commerce does not contain any substantive rules with regard to contract terms. It aims mostly at 'negative integration', e.g. by removing legal barriers which Member State law has erected against the free flow of data in the information society. It wants to make possible and alleviate the conclusion of electronic contracts in the internal market.
- (20) Article 9(1) is the fundamental rule of 'negative integration' and particularly important for any kind of requirement that terms etc. be in writing. According to Article 1(3) it is without prejudice to the existing level of protection for consumer interests, eg. under Directive 93/13/EEC.
- (21) Article 10 contains some information requirements for electronic contracts in order to ensure that the parties can give 'full and informed consent'. It should be mentioned that

this rule on 'consentement éclairé', even though similar in protective scope as Article 4 and 5 of Directive 93/13/EEC, is also applicable in contracts proposed to professional persons.

- (22) Since Directive 93/13/EEC does not contain any rules on how pre-formulated terms become part of the contract, Article 11 of the proposal on electronic commerce may be applicable here. There is however doubt on the efficacy of this 'double consent requirement'.

## 5. Additional remarks from the Health and Consumer Protection DG

- **Article 5 refers to terms 'in writing'** (see above, paragraph 3, part 1).  
Should we not consider that terms proposed 'electronically' are 'in writing'?
- **Directive 93/13/EEC is silent on how a term becomes part of a contract** (point raised above, on paragraph 6, part 1). It has to be noted that the amended proposal of the European Commission of 1992 contained an Article 5.2., which read:  
'Regardless of whether or not they are unfair, the terms which have not been individually negotiated shall be regarded as having been accepted by the consumer only where the latter has had a proper opportunity to examine the terms before the contract was concluded'.  
This provision was directly inspired by Article 2 of the German AGB and Articles 4 and 5 of Portuguese Decreto-Lei 446/85. In the legislative process, the Council deleted that provision because it thought that it went too far as regards national rules about acceptance and conclusion of contracts, even if the principle was not objected to in itself. The Council kept, however, the shadows of this principle in the directive, in the annex (see point 1 (i)).
- **The point concerning the annex of the directive**, raised in paragraph 14, Part 2, the Commission's view is that the annex should be implemented entirely in the text of the implementing legislation to facilitate its invocation in a lawsuit before national courts. In other words, the list is 'indicative' for the judge but not for Member States. Some Scandinavian countries were reluctant to implement the list. They argued that the annex does not need to be transposed explicitly in the law, but that it is sufficiently transposed if it is accessible in the legislative preparatory works. It is also interesting to note that, in these countries there was fear that an indicative list would lower the protection of consumers: they think that the judge could be tempted to stick to the list and not to use the general unfairness criteria.
- **Opinion of Ecosoc on 'Consumers in the insurance market'**.  
It has to be noted that, among its recommendations, the Ecosoc urged the European Commission to spare no effort in defining Community-level common minimum requirements for insurance contracts, involving, notably, **a list of typical unfair terms in insurance contracts**. The Ecosoc recommendations also included definitions on minimum pre-contract information modelled, for example on the French Insurance Code; a list of key terms and their meanings; all the contractual obligations common to any insurance contract; the basic principles and rules of any insurance contract etc. (Opinion of the Economic and Social Committee on 'Consumers in the insurance market' Official Journal No 95 of 30.03.1998).
- **Council Regulation No 3932/92 on agreement between insurance companies**  
Finally, the list of the directive's annex should be supplemented by other pieces of community legislation, which impose contractual duties or limitation to the seller or suppliers. In particular, in the insurance field there exists, in some terms, **a black list of unfair terms in the Council Regulation No 3932/92** of 21 December 1992 (OJ L 398 of 31.12.92, page 7). It concerns the exemption from competition rules (old Article 85.3 of the Treaty, new Article 81.3) of certain categories of agreements, decision by associations of undertakings

and concerted practices in the field of insurances. Agreements on standard terms of insurance policies are included in this regulation. This regulation contains, in fact, a **black list of types of contractual terms** which cannot be part of the agreement between insurance companies or of the recommendation of the association of enterprises. Moreover, the regulation states in Article 17 that the Commission may withdraw the benefit of the application of the regulation where it finds that the standard contractual terms contain terms which 'cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the policy owner'.

- **On the point concerning the difficulty in obtaining contracts** raised in paragraph 16, Part 3, we confirm the existence of that difficulty in the context of studies launched and of injunction actions subsidised by the Commission.

In this context, an interesting French legal initiative can be pointed out (See CLAB report, France, page 2). Article 3 of the French law of 23 June 1989 forces professionals to communicate to any person requesting this information, a copy of the contract habitually proposed by them to consumers. This obligation is accompanied by penal sanctions.

In the light of the obstacle encountered by the actors involved in the preventive control of unfair contract terms, should this right of access to information before the conclusion of a contract be recognised as a general principle at the European level?

## B. Final report

### 1. Generalities

The undersigned had presented to the members of Workshop 6 a short paper with points for discussion which was distributed beforehand in English, German and French. The paper was concerned with four aspects: transparency, fairness, information and new technologies. Collaborators of the Health and Consumer Protection DG had furnished some brief comments for further discussion.

The members of the workshop deliberately extended the discussion to some other points, namely:

- extent of harmonisation (minimum/maximum/total harmonisation, country-of-origin principle);
- consumer protection rules as obstacles to the free flow of financial services;
- Article 8 of Directive 93/13/EEC (the so-called minimum clause) with regard to the internal market for financial services;
- improvement of harmonisation by new instruments like codes of conduct, comitology etc.;
- how can the work of the Health and Consumer Protection DG and the Internal Market DG be better coordinated?

The workshop was characterised by a lively and to some extent controversial discussion, in which the rapporteur, members of the Health and Consumer Protection DG and the Internal Market DG of the European Commission, representatives of the financial service business as well as consumer associations and researchers took part. It is impossible to draw any final conclusions. The workshop made clear that several points need to be discussed more in depth by the competent Community institutions and by the interested parties concerned. The following remarks will not be a protocol in the classical sense but an open resumé of the discussion.

### 2. The technique of harmonisation used by Directive 93/13/EEC

- (1) Several representatives from the financial services industry criticised the technique of minimum harmonisation chosen by Directive 93/13/EEC and even more the practical outcome in the implementation process by the Member States. Instead of harmonising the law of unfair contract terms in the Community, Directive 93/13/EEC was charged to have led to a surprising and unacceptable differentiation in protection levels, in legal techniques and in implementation strategies. This was seen to be particularly harmful to the cross-border provision of financial services which rely on clear and uniform contracting. There is no such thing as an internal market for financial services. Article 8 has proved to be an obstacle to the free flow of services. Suppliers of financial services should be able to offer their products all over the EC and only be subjected to the law of their country of origin.
- (2) This starting point was criticised both by members of the panel and the workshop. Several points were raised. Whenever criticising the practical outcome of harmonisation, one should keep in mind how far a certain area has been harmonised. Only in areas where a total harmonisation has been reached, a Community standard should prevail; in this case, minimum harmonisation does not make any sense. On the other hand, even in cases of total harmonisation there will still be left room for Member States regulatory activity. There are other obstacles to cross-border transactions despite harmonised legal standards, e.g. the cost

of money transfer, taxation. Even maximum or total harmonisation will not create uniformity throughout the Community.

- (3). Several speakers insisted that even where the country-of-origin principle prevails, the so-called general interest test will allow receiving countries regulatory action against unfair practices provided they are justified by imperative reasons of consumer protection and are necessary and proportionate. These points have been developed by the Commission in its communication on the second banking directive and the proposed communication on the third insurance directives. It is not yet sure whether these principles also apply to standard term legislation.

### 3. Transparency

- (1). The area of transparency was less controversial because all participants of the workshop realised that without adequate and non-deceptive information customers and consumers will not be able to buy financial services products; suppliers will not succeed in marketing them. It was also stated that the directive, through its insistence on transparency ('plain intelligible language', per Articles 4 paragraphs 2 and 5) has been important for industry to reshape first terms, especially in insurance contracts. There was, however, no agreement how far the transparency principle would also apply to quality indicators.
- (2). An open point for discussion was the interrelationship between transparency on the one hand and exemption of control of the main subject matter and price on the other hand according to Article 4 paragraph 2. It may be difficult to determine what is the main subject matter of a transaction and what is a mere exemption clause. If Community law sets standards, e.g. in trans-border money transfer, per Directive 97/5/EC, or in life insurance, through Directive 92/96/EEC then the main subject matter can be distinguished from mere exemption clauses; the latter are subject to control under Directive 93/13/EEC. In other areas like risk insurance, credit cards etc. this is not so clear.
- (3). There was agreement that the reference in Article 5 paragraph 1 to terms in writing which must be written in plain intelligible language also refers to terms proposed electronically. This will be the law anyhow when the new Community directive on electronic commerce will finally be adopted.
- (4). Several panelists criticised that Directive 93/13/EEC is unclear about the transparency principle with regard to contracting. It was insisted that the principle of transparency should also apply when the contract is entered into. This will be the case anyhow once the directive on distance marketing of financial services will be adopted. Why not provide for similar provisions in case of 'normal' marketing of financial services?
- (5). The members of the workshop deplored that Directive 93/13/EEC is silent on the legal consequences of intransparent terms. Are the consequences limited to the *contra preferentem* rule, as spelt out in Article 5? Must an intransparent clause be regarded as unfair in the sense of Article 3? Is Article 6 also applicable to intransparent terms? There was agreement that, unless these matters are clarified by the Community legislator, Member State law will be applicable here.

### 4. Fairness

- (1). The concept of fairness was not discussed in an abstract, dogmatic matter but with special regard to different financial services. The undersigned had proposed to regard any deviation from Community 'soft law', e.g. Commission recommendations on payment systems 88/590 and 97/497, or Recommendation 98/286 on banking charges relating to the euro, would imply an abuse in the sense of Article 3 paragraph 1 unless justified. The same would be true with regard to the so-called indicative list of Annex 1 with the specific excep-

tions for the financial services industry in paragraph 2. The undersigned referred to the *Grimaldi* case (C-322/88) of the European Court of Justice.

- (2). Some time was devoted to alteration and modification clauses in financial services contracts of indeterminate duration. Letter (l) of Annex 1, with the exceptions provided for in paragraph 2 letters (c) and (d) is not appropriate in this context. The consumer must have an objective yardstick in order to be able to foresee and to control whether a financial services institution was justified or not in modifying the contract. The indicative list was deficient at this point.
- (3). Several participants insisted that the standard of fairness may be determined by having reference to the CLAB database of the Commission which was presented to the participants of the conference. The consultation of Member State case-law on unfairness will help remove legal uncertainty as to court practice.
- (4). There was controversy in how far the concept of fairness might be clarified by changing the indicative list into a black list, as was originally proposed by the Commission and the European Parliament. Such a move, on the other hand, would put additional pressure on the minimum harmonisation principle of the directive and was therefore objected by representatives of the financial services industry.
- (5). Some panelists suggested that the negative duty with regard to unfairness be supplemented by a positive duty to fairness. Such a horizontal duty could help in shaping standards of good practice and use them community-wide.

## 5. Information

- (1). Some speakers deplored that there is no positive duty to information in Directive 93/13/EEC. Several directives on financial services, e.g. consumer credit, life insurance, cross-border payments etc. contain detailed (yet not complete) information obligations, while other directives (risk insurance, general banking contracts) are silent on that point. Contracts on payment systems require certain information, but the Community uses 'soft law', namely recommendations. There was discussion on whether there should be a horizontal information obligation, or whether this should be left to specific vertical directives.
- (2). The participants discussed the proposal on distance marketing of financial services where some information obligations are concerned, subject to the yet unclear maximum harmonisation principle. This information would supplement information requirements of vertical directives. There was doubt whether these information requirements should really be limited to distance marketing or whether they should apply to any type of financial service.

(NB: reference should be made to the opinion of the Economic and Social Committee, OJ C 169/14 and OJ C 169/15 of 16.6.99)

## 6. New technologies and supply of financial services

- (1). This part of the discussion was not concerned with new technologies as such and with proposed Community directives, but with the impact of new technologies on the traditional regulation of financial services, including Directive 93/13/EEC. There was agreement that electronic marketing of financial services puts the traditional harmonisation techniques under pressure, especially the minimum harmonisation principle of Directive 93/13/EEC. Electronic commerce, if it should really benefit consumers and business alike, means harmonised rules at least throughout the internal market. The traditional segregation by legal means is not any more acceptable.
- (2). There were different suggestions on how to overcome the dilemma of harmonisation. Several speakers insisted on the positive effect of codes of conduct and similar instruments



of 'soft law harmonisation'. The undersigned ventilated the idea of devising standards of certain types of financial services by the system of comitology which is used for product standardisation and certification. On the other hand, such an approach would be contrary to the existing conflict-of-law rules which must be applied due to the contractual nature of most financial services. All participants agreed that for more complex types of financial services, e.g. mortgage credit or accident insurance policies, model contracts might be developed by concertation between industry and consumer associations which could be offered on the entire internal market.

- (3). Members of the European Commission referred to the new approach of consumer policy as developed by the Cologne summit of June 1999. Concertation, codes of practice, model contracts etc. will play a greater role and may overcome the traditional harmonisation techniques.

(NB Cf. the Communication on the Commission 'Financial services — implementing the framework for financial markets, Com (1999) 232 of 11.5.99)

In closing, the Chairman thanked the Commission and its services for the extremely useful presentation and exchange of information, concepts, ideas and proposals. Even though no specific proposals were made, the conference should help the Commission in evaluating the impact of Directive 93/13/EEC on financial services in order to improve its internal market as well as consumer protection ambit.



# Atelier 6

## L'application de la directive aux services financiers et aux nouvelles technologies

Président: Norbert Reich, docteur professeur de droit à l'université de Brême, Allemagne

### A. Document préparatoire

#### 1. Principe de transparence: les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle doivent être rédigées en «termes clairs et compréhensibles»

- 1) L'article 4, paragraphe 2, et l'article 5 de la directive 93/13/CEE, qui consacrent le principe de transparence, revêtent une importance cruciale dans le domaine des services financiers et des nouvelles technologies. Il en va ainsi non seulement des contrats conclus avec les consommateurs au sens classique du terme, mais aussi des contrats souscrits avec les (petits) commerçants.
- 2) L'article 4, paragraphe 2, exclut un contrôle de l'objet principal du contrat et de l'adéquation entre le prix et la rémunération uniquement lorsque le principe de transparence est respecté. À l'inverse, les contrôles des prix sont donc légitimes au regard de la législation communautaire lorsque les clauses (concernant, par exemple, les augmentations de prix, l'adaptation des prix, la portée de l'assurance, etc.) ne sont pas transparentes.
- 3) L'article 5 est apparemment limité aux clauses «rédigées par écrit». Les nouvelles directives ou propositions communautaires (voir partie IV) précisent que les clauses rédigées par voie électronique doivent également être transparentes.
- 4) Le consommateur de référence pour le principe de transparence correspond au modèle de la CJCE du «consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé» (arrêt du 16 juillet 1998, affaire C-210/96 — Gut Springenheide, sauf dans le cas de groupes de consommateurs vulnérables, arrêt du 16 mai 1989, affaire C-382/87 — Buet).
- 5) Contrairement aux directives 92/96/CEE, concernant l'assurance vie, et 94/47/CE relative au droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, la directive 93/13/CEE n'aborde pas la question de la langue du contrat. En général, la législation applicable, conformément à la convention de Rome ou aux deuxièmes directives 88/357/CEE et 90/619/CEE concernant les assurances, détermine la langue du contrat. Des exceptions sont permises lorsque le vendeur ou le fournisseur a des raisons de penser que le consommateur auquel il propose un service financier (par exemple, assurance ou crédit pour un groupe linguistique spécifique de la population) ne pourra pas comprendre les clauses du contrat.
- 6) La directive 93/13/CEE ne précise pas comment une clause devient partie intégrante d'un contrat. Cet aspect relève de la législation nationale, comme en Allemagne l'article 2 de l'AGB-Gesetz. La législation communautaire devrait s'inspirer des principes consacrés par la législation allemande, à savoir:
  - la référence explicite ou implicite avant ou lors de la conclusion du contrat («*ausdrücklicher Hinweis oder Aushang bei Vertragsschluß*»);

- la possibilité raisonnable de prendre connaissance du contenu («*zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme*»);
  - le consentement fait partie intégrante du contrat («*Einverständnis*»).
- 7) La directive 93/13/CEE ne précise pas les conséquences d'une violation du principe de transparence. L'article 5, paragraphe 2, ne mentionne que la règle *contra preferentem* qui se limite toutefois aux contrats individuels. À mon sens, une clause non transparente doit être considérée comme profondément abusive, au sens de l'article 3, et relève donc de l'article 7.
  - 8) Le principe de transparence est également directement applicable aux relations horizontales entre les consommateurs et les fournisseurs, car il s'agit d'une expression du droit d'information des consommateurs, conformément à l'article 153, paragraphe 1, du traité CE (voir les conclusions de l'avocat général Lenz dans l'arrêt du 7 mars 1996, affaire C-194/92 — *El Corte Inglés*; pour davantage de précisions, voir Reich, «*Consumer policy and the Amsterdam Treaty*», conférence de Dublin, les 2 et 3 octobre 1998; ministère irlandais de l'entreprise, du commerce et de l'emploi, 1998, p. 16).
  - 9) Les États membres sont tenus de transposer le principe de transparence dans leur législation. L'Allemagne ne s'est pas conformée à cette obligation en vertu de la loi du 19 juillet 1996 (voir ma critique dans Reich, *Revue européenne de droit privé*, 1997, n° 165). Toutefois, la jurisprudence de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* = BGH NJW 1989, 222 et 589 et affaires ultérieures concernant les contrats de crédit et bancaires) et de la Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht* = BVerwG NJW 1998, 31216 concernant les clauses des contrats d'assurance) a constamment soutenu que le principe de transparence faisait partie intégrante de l'exigence générale de l'article 9, paragraphe 1, de la loi AGB (loi sur les conditions générales de vente). Il faut déterminer si cette mise en œuvre de la législation communautaire est satisfaisante.
  - 10) Dans un arrêt du 14 octobre 1997 (NJW 1998, 383 avec une critique de Basedow, LM article 8 AGB-Gesetz n°30; Reich, *Festschrift Schimansky* 1999, à publier) concernant des taxes spécifiques applicables à l'utilisation de cartes de crédit à l'étranger, la Cour fédérale de justice a malheureusement ignoré le principe de transparence de la législation communautaire. Cet arrêt a exclu un contrôle de cette clause au motif qu'elle portait sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, aspect qui ne peut être soumis à contrôle aux termes de l'article 8 de l'AGB-Gesetz, au lieu d'invoquer l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE qui dispose clairement que l'exemption du contrôle des prix n'est applicable *que si le principe de transparence est respecté* [voir point 2)].

## 2. Détermination du caractère abusif

- 11) L'article 3, paragraphe 1, concernant la détermination du caractère abusif d'une clause revêt une importance particulière pour les contrats de services financiers. À titre de référence, des directives communautaires spécifiques tentent d'établir un juste équilibre entre les parties au contrat. Cela est confirmé par l'argument *a contrario* de l'article 3, paragraphe 2.
- 12) Une clause s'écartant d'une recommandation communautaire peut également être considérée comme abusive (par exemple, les recommandations 97/489/CE concernant les instruments de paiement électronique et 98/286/CE relative aux frais bancaires de conversion vers l'euro). Cette orientation correspond à celle adoptée dans l'arrêt du 13 décembre 1989, affaire C-322/88 — *Grimaldi*.
- 13) Selon l'article 3, paragraphe 3, l'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui «peuvent être» déclarées abusives. Cet «assouplissement» de la liste noire initiale a soulevé des discussions sur les points suivants:
  - La liste a-t-elle un quelconque effet juridique?
  - Les États membres sont-ils tenus pour le moins de la publier?

- Peut-elle servir de référence pour juger du caractère abusif d'une clause?
  - Les tribunaux doivent-ils en tenir compte lors de l'interprétation de la législation nationale (exemple de la norme *Grimaldi*)?
- 14) À mon sens, la liste devrait servir de critère pour juger de l'équité (Reich, *Europäisches Verbraucherrecht*, 3. A., 1996, p. 350: «*mittelbare Bindungswirkung*»). Tenreiro a avancé que les États membres devraient pour le moins publier la liste de leurs actes d'application (Techniques Europe, mai 1993, p. 1). Howells/Wilhelmsson («*EC consumer law*», 1997, p. 106) soutiennent que l'annexe devrait être prise en compte lors de l'application de clauses nationales générales. Heinrichs («*Law and diffuse interests in the European legal order*», 1997, p. 533) souligne que l'annexe n'impose aucune obligation juridique au gouvernement (allemand). La question est de savoir comment la CJCE se prononcera lorsqu'elle devra traiter une affaire concernant l'interprétation de la directive 93/13/CEE.
- 15) La partie 2 de l'annexe fait état d'exceptions à la «liste grise» de la partie 1, notamment dans le domaine des services financiers, par exemple en ce qui concerne les clauses de résiliation unilatérale et celles permettant de modifier le taux d'intérêt, etc., sous certaines conditions. Il faudrait examiner si ces exceptions sont encore justifiées, notamment si le «régime souple» de l'annexe conformément à la version actuelle de l'article 3, paragraphe 3, est maintenu. Il serait utile de préciser ce qu'il faut entendre par une «raison valable».

### 3. Absence d'un droit (positif) d'information dans la directive 93/13/CEE

- 16) Nombre de directives sur les services financiers telles que les directives relatives aux crédits à la consommation, aux assurances vie (et non contre les risques!), les transferts monétaires transfrontaliers, etc., consacrent et traduisent le principe de transparence d'une manière assez anarchique par un droit positif à l'information. Il est regrettable que la directive 93/13/CEE ne mentionne aucun droit d'accès aux informations (essentiels), ce qui prive les intéressés du droit d'obtenir une copie des clauses pertinentes (par exemple, les consommateurs souhaitant adhérer à un contrat ou les associations de consommateurs désireuses d'examiner certaines clauses en vue de saisir les tribunaux conformément à l'article 7, paragraphe 2). En vertu de l'exigence d'harmonisation minimale, les États membres peuvent introduire pareil droit (exemple de la France), mais ils peuvent également s'y refuser (comme l'Allemagne).
- 17) La proposition de directive du 19 novembre 1998 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs (JO C 385 du 11.12.1998, p.10) introduit indirectement des règles spécifiques pour l'accès aux informations sur les clauses contractuelles. Selon les articles 3 et 4, le consommateur dispose d'un «*délai de réflexion*» de 14 jours à partir du jour où il a reçu les conditions contractuelles par écrit ou sur «support durable». Il reste à déterminer si cet instrument de transparence et de décision fera ses preuves, notamment dans le cas de contrats complexes tels que les crédits hypothécaires, les assurances vie et les fonds de pension. Malheureusement, cette proposition — qui concerne une harmonisation complète et non, comme cela est généralement le cas des directives communautaires en matière de consommation et comme l'a réaffirmé l'article 153, paragraphe 3, du traité CE, une harmonisation minimale — permettra d'intégrer dans les contrats des clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle sans que les exigences de l'article 2 de l'AGB-Gesetz soient respectées [voir point 7)].
- 18) L'article 153 du traité CE introduit un droit positif à l'information des consommateurs qui devrait être étendu aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, notamment dans le domaine des services financiers. Ce droit ne devrait pas dépendre du type de commercialisation des services financiers (pour plus d'informations, voir Reich, «*Bürgerrechte in der Europäischen Union*», 1999, p. 270 et suiv.).

#### 4. Nouvelles technologies

- 19) La proposition de la Commission du 23 novembre 1998 (JO C 30 du 5.2.1999, p. 4) relative au commerce électronique ne contient aucune règle de fond en ce qui concerne les clauses contractuelles. Elle vise essentiellement à une «intégration négative», c'est-à-dire à supprimer les barrières juridiques que les États membres ont érigées contre la libre circulation des données dans la société de l'information. Elle est destinée à permettre et à faciliter la conclusion de contrats électroniques dans le marché intérieur.
- 20) L'article 9, paragraphe 1, constitue la règle fondamentale de l'«intégration négative» et revêt une grande importance pour toute exigence concernant la forme *écrite* des clauses, etc. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, la directive est sans préjudice du niveau existant de protection des intérêts du consommateur, par exemple, en vertu de la directive 93/13/CEE.
- 21) L'article 10 contient certaines exigences d'information pour les contrats conclus par voie électronique de manière à garantir un «consentement complet et éclairé» des parties. Force est de constater que cette règle de «consentement éclairé», bien qu'elle soit d'une portée analogue aux articles 4 et 5 de la directive 93/13/CEE en termes de protection, est également applicable aux contrats proposés aux professionnels.
- 22) Étant donné que la directive 93/13/CEE ne contient aucune règle concernant l'intégration de clauses formulées au préalable dans le contrat, l'article 11 de la proposition relative au commerce électronique est applicable. Il est cependant permis de douter de l'efficacité de cette exigence de «double consentement».

#### 5. Remarques complémentaires de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs

- **L'article 5 porte sur les clauses «rédigées par écrit»** [voir partie 1, point 3), figurant ci-dessus].

Ne faudrait-il pas considérer que les clauses proposées «par voie électronique» sont «rédigées par écrit»?

- **La directive 93/13/CEE ne précise pas comment une clause devient partie intégrante d'un contrat** [voir partie 1, point 6)]. Il faut relever que la proposition modifiée de la Commission européenne de 1992 contenait un article 5, paragraphe 2, ainsi libellé:

*«Indépendamment du caractère abusif ou non, les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle ne sont considérées comme ayant été acceptées par le consommateur que lorsque celui-ci a eu effectivement l'opportunité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat.»*

Cette disposition s'inspirait directement de l'article 2 de la loi allemande AGB et des articles 4 et 5 du décret-loi portugais 446/85. Au cours de la procédure législative, le Conseil a supprimé cette disposition car il a estimé qu'elle allait trop loin par rapport aux règles nationales d'acceptation et de conclusion de contrats, même si le principe en soi n'a pas été rejeté. Toutefois, le Conseil a conservé quelques traces de ce principe dans l'annexe de la directive [voir paragraphe 1, point i)].

- **En ce qui concerne la question sur l'annexe de la directive** soulevée dans la partie 2, point 14), la Commission estime que l'annexe devrait être intégralement transposée dans la législation d'application afin de faciliter son invocation dans les procédures auprès des juridictions nationales. En d'autres termes, cette liste est «indicative» pour le juge, mais pas pour les États membres. Certains pays scandinaves n'ont pas souhaité appliquer la liste. Ils ont avancé qu'il n'était pas nécessaire de transposer explicitement l'annexe dans la législation, mais qu'il suffisait d'y avoir accès dans les travaux législatifs préparatoires. Il faut

également noter que ces pays craignent qu'une liste indicative affaiblisse la protection des consommateurs. En effet, ils pensent que le juge risquerait de se limiter à la liste sans avoir recours au critère général de détermination du caractère abusif.

- **Avis du Comité économique et social sur les consommateurs dans le marché des assurances.**

Il faut relever que, dans ses recommandations, le Comité économique et social a exhorté la Commission européenne à tout mettre en œuvre pour définir des exigences communes minimales au niveau communautaire pour les contrats d'assurance, établissant notamment une **liste des clauses abusives types des contrats d'assurance**. Les recommandations du Comité comprenaient également des définitions sur les informations minimales requises avant la conclusion d'un contrat, notamment inspirées du code français des assurances, une liste des termes clés et leur définition, toutes les obligations contractuelles des contrats d'assurance, les principes et les règles de base de tout contrat d'assurance, etc. (avis du Comité économique et social sur les consommateurs dans le marché des assurances, JO C 95 du 30.3.1998).

- **Règlement (CEE) n° 3932/92 de la Commission concernant les accords entre les compagnies d'assurances.**

Enfin, la liste présentée dans l'annexe de la directive devrait être complétée par d'autres actes législatifs communautaires imposant des obligations ou des limites contractuelles aux vendeurs ou fournisseurs. Dans le domaine des assurances, il existe notamment une **liste noire des clauses abusives dans le règlement (CEE) n° 3932/92 de la Commission** du 21 décembre 1992 (JO L 398 du 31.12.1992, p. 7). Il porte sur la dérogation aux règles de concurrence (ex-article 85, paragraphe 3, du traité CE, nouvel article 81, paragraphe 3) de certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances. Ce règlement couvre également des accords sur des clauses types de polices d'assurance. De fait, il contient une **liste noire des types de clauses contractuelles** qui ne peuvent être intégrées dans les accords entre compagnies d'assurances ou dans les décisions d'associations d'entreprises. De plus, l'article 17 du règlement dispose que la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du règlement si elle constate que les clauses contractuelles types «créent au détriment du preneur d'assurance un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations découlant du contrat».

- **En ce qui concerne les difficultés d'accès aux contrats** soulignées dans la partie 3, point 16), nous confirmons l'existence de ces difficultés relevées dans le cadre d'études et d'actions en référé soutenues par la Commission.

Dans ce contexte, on peut mentionner une initiative juridique française intéressante (voir rapport CLAB, France, p. 2). L'article 3 de la loi française du 23 juin 1989 oblige les professionnels à communiquer à toute personne demandant cette information une copie du contrat qu'ils proposent habituellement aux consommateurs. Cette obligation est assortie de sanctions pénales.

**À la lumière des obstacles rencontrés par les personnes chargées du contrôle préventif des clauses contractuelles abusives, faut-il reconnaître ce droit d'accès à l'information avant la conclusion d'un contrat comme un principe général au niveau européen?**

## B. Rapport final

### 1. Généralités

L'auteur du présent rapport a présenté aux membres de l'atelier 6 un bref document contenant des points de discussion, qui a été distribué préalablement en version anglaise, allemande et française. Ce document abordait les quatre aspects suivants: transparence, équité, information et nouvelles technologies. Les collaborateurs de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs ont formulé quelques brefs commentaires à examiner plus en détail.

Les membres de cet atelier ont volontairement élargi la discussion aux quelques autres points mentionnés ci-après.

- L'étendue de l'harmonisation (harmonisation minimale/maximale/totale, principe du pays d'origine).
- Les règles de protection des consommateurs constituent-elles des entraves à la libre circulation des services financiers?
- L'article 8 de la directive 93/13/CEE (clause dite «minimale») et le marché intérieur des services financiers.
- L'amélioration de l'harmonisation grâce à de nouveaux instruments tels que les codes de conduite, la comitologie, etc.
- Comment améliorer la coordination des travaux de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs et de la DG XV (services financiers + marché intérieur)?

Cet atelier a été marqué par une discussion animée et, dans une certaine mesure, par des controverses. Y ont participé le rapporteur, des membres de la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs et de la DG XV de la Commission européenne, des représentants du secteur des services financiers ainsi que des associations de consommateurs et des chercheurs. Il est impossible de tirer des conclusions définitives. Cet atelier a montré clairement qu'un certain nombre de points devraient être encore examinés de manière plus approfondie par les institutions communautaires et par les parties intéressées. Les remarques qui suivent ne sont pas un protocole au sens habituel du terme, mais un résumé ouvert de la discussion.

### 2. Technique d'harmonisation utilisée par la directive 93/13/CEE

1. Plusieurs représentants du secteur des services financiers ont critiqué la technique de l'harmonisation minimale choisie par la directive 93/13/CEE et surtout les résultats pratiques du processus de mise en œuvre par les États membres. Au lieu d'harmoniser la législation relative aux clauses contractuelles abusives dans la Communauté, la directive 93/13/CEE a été accusée d'avoir entraîné des différences surprenantes et inadmissibles entre les niveaux de protection, les techniques législatives et les stratégies de mise en œuvre. Ces différences ont été jugées particulièrement nuisible à la fourniture de services financiers transfrontaliers qui repose sur des contrats clairs et uniformes. Or il n'existe pas de marché intérieur des services financiers. L'article 8 s'est révélé un obstacle à la libre circulation des services. Les prestataires de services financiers devraient être en mesure d'offrir leurs produits dans l'ensemble de la Communauté européenne et être soumis uniquement au droit de leur pays d'origine.

2. Ce point de départ a été critiqué tant par les membres du panel que par ceux de l'atelier. Plusieurs points ont été soulevés: chaque fois qu'on critique les résultats pratiques de l'harmonisation, il ne faudrait pas oublier l'étendue de l'harmonisation dans un certain domaine. Une



norme communautaire ne devrait prévaloir que dans les domaines où l'on est parvenu à une harmonisation complète; dans ce cas, une harmonisation minimale n'aurait aucun sens. Par ailleurs, même dans les cas où il y a une harmonisation complète, les États membres auront encore la latitude d'exercer une activité de réglementation. À côté de l'harmonisation des dispositions légales, il existe encore d'autres obstacles aux transactions transfrontalières tels que le coût des transferts d'argent ou la fiscalité. Même une harmonisation maximale ou complète n'entraînera pas d'uniformité dans l'ensemble de la Communauté.

3. Plusieurs intervenants ont insisté pour que, même lorsque le principe du pays d'origine prévaut, le contrôle dit «de l'intérêt général» permette aux pays d'accueil de prendre des mesures de réglementation contre les pratiques abusives à condition qu'elles se justifient par la nécessité impérieuse de protéger le consommateur et soient à la fois nécessaires et proportionnelles. Ces points ont été développés par la Commission dans sa communication sur la deuxième directive bancaire et le projet de communication sur les troisièmes directives sur les assurances. Il n'est pas encore certain que ces principes soient aussi applicables à la législation sur les clauses standardisées.

### 3. Transparence

1. Le domaine de la transparence a suscité moins de controverses car tous les participants à l'atelier se sont rendu compte que sans information adéquate et non trompeuse, les clients et les consommateurs ne pourront pas acheter de services financiers et les prestataires ne parviendront pas à les commercialiser. Il a aussi été souligné que, en insistant sur la transparence à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 5 («en termes clairs et compréhensibles»), la directive a joué un rôle important dans la reformulation par les industriels de leurs clauses, en particulier dans les contrats d'assurance. Cependant, il n'y a pas eu d'accord sur la question de savoir dans quelle mesure le principe de transparence s'appliquerait aussi aux indicateurs de qualité.

2. Un point ouvert de discussion a été l'interdépendance entre, d'une part, la transparence et, d'autre part, l'exemption de contrôle de l'objet principal et du prix, conformément à l'article 4, paragraphe 2. Il peut être difficile de déterminer ce qui est l'objet principal d'une transaction et ce qui est une simple clause d'exemption. Si le droit communautaire définit des normes, par exemple pour les transferts monétaires transfrontaliers, conformément à la directive 97/5/CE, ou pour les assurances vie, conformément à la directive 92/96/CEE, l'objet principal peut être distingué des simples clauses d'exemption; ces dernières sont soumises au contrôle prévu par la directive 93/13/CEE. Dans d'autres domaines comme l'assurance risque, les cartes de crédit, etc., la distinction n'est pas claire.

3. Il a été convenu que la référence de l'article 5, paragraphe 1, aux clauses écrites qui doivent être rédigées en termes clairs et compréhensibles couvre aussi les clauses proposées par voie électronique. Cette solution sera de toute façon sanctionnée par la législation lorsque la nouvelle directive communautaire sur le commerce électronique sera finalement adoptée.

4. Plusieurs membres du panel ont critiqué le manque de clarté de la directive 93/13/CEE en ce qui concerne l'application du principe de transparence à la conclusion des contrats. Ils ont insisté sur le fait que ce principe de transparence devrait aussi s'appliquer une fois que le contrat a été conclu. Ce sera de toute façon le cas une fois que la directive sur la commercialisation à distance des services financiers sera adoptée. Pourquoi ne pas prévoir de dispositions similaires pour la commercialisation «normale» des services financiers?

5. Les membres de l'atelier ont déploré le silence de la directive 93/13/CEE sur les conséquences juridiques des clauses peu transparentes. Sont-elles limitées à la règle *contra preferentem* énoncée à l'article 5? Une clause peu transparente doit-elle être considérée comme abusive au sens de l'article 3? L'article 6 est-il aussi applicable aux clauses obscures? Il a été convenu que, à moins que ces questions ne soient clarifiées par le législateur communautaire, le droit applicable sera, dans ce cas, le droit national.

#### 4. Équité

1. La notion d'équité n'a pas été examinée abstraitement ni dogmatiquement, mais en tenant spécialement compte des différents services financiers. L'auteur du présent rapport a proposé de considérer toute clause s'écartant du «droit dispositif» communautaire tel que les recommandations 88/590/CEE et 97/497/CE de la Commission sur les instruments de paiement ou la recommandation 98/286/CE relative aux frais bancaires de conversion vers l'euro comme implicitement abusive au sens de l'article 3, paragraphe 1, à moins que cet écart ne soit justifié. Il en irait de même en ce qui concerne la liste dite «indicative» de l'annexe de la directive avec les exceptions spécifiques pour le secteur des services financiers prévues au paragraphe 2. Le soussigné s'est référé à l'arrêt de la Cour de justice européenne dans l'affaire *Grimaldi* (affaire C-322/88).

2. Une partie de l'atelier a été consacrée à la modification des clauses des contrats de services financiers à durée indéterminée. Le point l) du paragraphe 1 de l'annexe, où figurent les exceptions prévues au paragraphe 2, points c) et d), est inapproprié dans ce contexte. Le consommateur doit disposer d'un point de référence objectif pour savoir et pouvoir contrôler si la modification apportée au contrat par un établissement de services financiers était justifiée ou non. Cette liste indicative présente des faiblesses sur ce point.

3. Plusieurs participants ont insisté sur le fait que l'équité peut être déterminée en se référant à la base de données CLAB de la Commission présentée aux participants lors de la conférence. La consultation de la jurisprudence nationale des États membres sur le caractère abusif contribuera à supprimer l'incertitude juridique qui entoure la pratique juridictionnelle.

4. La question de savoir dans quelle mesure cette notion pourrait être clarifiée en changeant la liste indicative en liste noire, comme l'avaient proposé au départ la Commission et le Parlement européen, a suscité des controverses. Par ailleurs, une telle mesure accroîtrait la pression sur le principe de l'harmonisation minimale de la directive et a de ce fait suscité des objections de la part du secteur des services financiers.

5. Certains membres du panel ont suggéré de compléter l'obligation négative concernant le caractère abusif par une obligation positive d'équité. Cette obligation horizontale pourrait contribuer à la définition de normes de bonne pratique et à leur utilisation à l'échelle communautaire.

#### 5. Information

1. Certains intervenants ont regretté que la directive 93/13/CEE ne prévoie pas d'obligation positive d'information. Plusieurs directives sur les services financiers telles que celles sur le crédit de consommation, les assurances vie, les paiements transfrontaliers, etc., prévoient des obligations détaillées (mais pas encore complètes) d'information tandis que d'autres (assurance risque, contrats bancaires types) sont muettes sur ce point. Pour les contrats sur les instruments de paiement, certaines informations sont exigées, mais la Communauté recourt au droit dispositif, en particulier aux recommandations. Des discussions ont eu lieu sur la question de savoir s'il faudrait une obligation d'information horizontale ou s'il faudrait laisser ce soin à des directives particulières verticales.

2. Les participants ont examiné la proposition de commercialisation à distance des services financiers qui prévoit un certain nombre d'obligations d'information, soumises au principe encore peu clair de l'harmonisation maximale. Cette information compléterait les exigences en matière d'information des directives verticales. On s'est demandé si ces exigences en matière d'information devraient vraiment être limitées à la commercialisation à distance ou si elles devraient s'appliquer à n'importe quel type de service financier.

(NB: voir avis du Comité économique et social: JO C 169 du 16.6.1999, p. 14-15)

## 6. Nouvelles technologies et fourniture de services financiers

1. Cette partie de la discussion n'a pas porté sur les nouvelles technologies en tant que telles ni sur les projets de directives, mais sur l'incidence des nouvelles technologies sur la réglementation des services financiers, y compris la directive 93/13/CEE. Il a été reconnu que la commercialisation des services financiers par la voie électronique exercera une pression sur les techniques traditionnelles d'harmonisation et, en particulier, sur le principe de l'harmonisation minimale prévu dans la directive 93/13/CEE. Si l'on veut qu'il bénéficie vraiment aux consommateurs comme aux entreprises, le commerce électronique devrait s'accompagner de règles harmonisées, du moins dans l'ensemble du marché intérieur. La séparation traditionnelle fondée sur les moyens légaux n'est plus admissible.

2. Différentes suggestions ont été avancées sur la manière de résoudre le dilemme de l'harmonisation. Plusieurs intervenants ont insisté sur l'effet positif des codes de conduite et des instruments similaires d'harmonisation du droit dispositif. L'auteur du présent rapport a lancé l'idée de l'élaboration de normes pour certains types de services financiers par le système de comitologie utilisé pour la certification et la normalisation des produits. Par ailleurs, cette approche serait incompatible avec les règles actuelles de conflit de lois en raison de la nature contractuelle de la plupart des services financiers. Tous les participants conviennent que, pour les services financiers plus complexes tels que les crédits hypothécaires ou les polices d'assurance accidents, des contrats types pourraient être élaborés dans le cadre d'une concertation entre les industriels et les associations de consommateurs et être offerts sur l'ensemble du marché intérieur.

3. Les membres de la Commission européenne ont fait référence à la nouvelle approche en matière de politique des consommateurs élaborée lors du sommet de Cologne en juin 1999. La concertation, les codes de pratique, les contrats types, etc. joueront un rôle plus important et pourront remplacer les techniques d'harmonisation traditionnelles.

(NB: voir communication de la Commission «Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers: plan d'action» — COM(1999) 232 du 11 mai 1999)

Le président a clôturé la séance en remerciant la Commission et ses services pour leur présentation extrêmement utile ainsi que pour l'échange d'informations, les concepts, les idées et les propositions. Bien qu'aucune proposition spécifique n'ait été faite, cette conférence devrait aider la Commission à évaluer l'incidence de la directive 93/13/CEE sur les services financiers en vue d'améliorer le marché intérieur et l'étendue de la protection des consommateurs.



# CONCLUSION



**Mário TENREIRO,  
Head of Unit C2,  
Health and Consumer Protection DG**

The need for consumer protection relating to contracts is as old as the world. The first consumer contract was concluded between a woman and a snake: the snake sold an apple to the woman on the basis of a misleading advertising, the product did not have the qualities announced by the seller and there was a contractual term excluding any liability of the snake for any damage resulting from the defective product. As you know, we are all still suffering from this original damage.

If, with this joke, I am going that far back in time, it is because I would like to ask you to try to regain a state of original ingenuousness when analysing the problem that we have discussed during the past three days: the problem of contractual terms in consumer contracts.

I think that, if we want to find new ways and new solutions to modern problems, we have to forget for a while the traditional limits of the existing national systems and national legal doctrine. The 19th century philosopher Husserl asked people to put the world between brackets. I would like to ask you to put all the pre-conceived 'truths' between brackets and to try to reason *de iure condendo* on the basis of social and economic reality.

In this context, the first question to be raised is about the 'myth' of the freedom to contract. The freedom to contract has two fundamental facets: the freedom to conclude or not to conclude a contract and the freedom to determine the conditions and terms of the contracts.

With respect to the former, the freedom of contract still exists in theory but has to be put into context in practical terms. Not concluding a contract corresponds to not having access to the product or service that would be the subject of the contract. The existence of good market competition offering the consumer a good choice between enterprises providing similar goods or services can contribute to the subsistence of the freedom of contract but one has to be conscious that, on the one hand, real competitive conditions do not always exist in all fields and that, on the other, competition about 'contractual terms' is virtually non-existing. Competition is about prices, advertising, promotion practices, brand image, etc. but not about contractual terms.

As regards the latter, the notion of freedom of contract became even more a *fictio iuris*. The consumer does not read the contractual terms before the conclusion of the contract. Who among you reads the terms of his contract before taking a plane or renting a car? And even if one reads it, what can one do? Shopping around for better 'contract terms' would not only be extremely expensive in terms of 'transaction costs' but also entirely useless in most of the cases. To try to change the proposed contractual terms would be practically impossible.

Under these social circumstances and the traditional legal notions having been put between brackets, one could even raise the question whether there really exists a 'contract' between consumers and sellers (and suppliers as a legal 'entity') resulting from the common will of the parties. If so, it covers, in reality, only the price, the definition and the main qualities of the product or the service that is the subject of the contract. All the other contractual terms are outside any real agreement between the parties: this agreement is only *fictio iuris*.

When looking for innovative solutions to modern problems of consumer protection, one also has to put between brackets the implicit idea that the traditional legal principles have an 'ontological' existence and that some new imaginative solutions are 'ontologically' impossible because they do not fit into the existing principles. For example, during the first discussions about a directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, the question of the direct liability of manufacturers towards consumers for quality defects for which they are materially responsible was discussed. Nevertheless, in spite of the fact that this direct responsibility exists in four countries of the Union (France, Belgium, Luxembourg and Finland), representatives of certain Member States sustained (as some dominant legal doctrine) that this was impossible because 'there is no contractual relationship between the manufacturer and the consumer'! Savigny and the *Begriffsjurisprudenz* are definitely not dead.

Finding new ways, at European or at national level, for solving modern problems relating to unfair terms will probably need newly invented solutions that may be impossible under the traditional concepts. I am thinking, among other things, about the practical implementation of Article 7 of Directive 93/13/EEC on unfair contractual terms in consumer contracts.

The discussions that took place during the conference have already allowed us to identify the most important problems as well as certain ways to solve them. I will try to summarise some of the preliminary conclusions that can be drawn at present.

- The impact of the directive was, in general, very positive in particular in the countries where a comprehensive legislation on unfair terms did not exist before the adoption of the directive.
- The directive also contains some negative potentialities because, in some aspects, it provides less protection than some pre-existing national laws. These potentialities do not seem to have materialised up to now but the risk still exists.
- The harmonisation achieved by the directive is, in practical terms, still relatively incomplete because of the differences between other national rules (general civil or administrative law and specific provisions relating to certain types of contracts) against which the judgment of 'unfairness' has to be made.
- Particular problems exist in sensitive fields such as financial services and services of general interest.
- Serious questions can be raised about the need and the justification for the existing limitations to the scope of the directive.
- There seems to exist a need for more certainty for consumers and enterprises about what is and what is not an unfair contractual term.
- A similar need seems to exist as to the clarity and transparency of contractual terms for consumers.
- The existing sanctions (inefficiency of the contractual term) provided by national laws for protecting the individual consumer against unfair terms (Article 6 of the directive) seem to be insufficient to guarantee him an effective protection against the unfair contractual terms included in contracts: it supposes an extremely well informed consumer and good mechanisms for access to justice.



- The efficiency of the preventive means to avoid the presence of unfair terms in consumer contracts (Article 7 of the directive) varies very much between the Member States. The traditional system based on injunction actions before courts shows very important limitations: time constraints, costs, narrow effect of the decisions, difficulties in enforcing them, etc. Mixed systems based on the existence of a certain administrative control and voluntary agreements together with judicial control seem to render the best results.

These preliminary conclusions, which I can only outline here without going into any detailed information to support them, allows us already to see in which direction further reflections should go. These reflections should not only focus on what could or should be done at European level, including a possible amendment to the directive, but also on how national existing systems could be improved to become more efficient and on what new actions could be developed either at national or at European level.

At European level, we have to reflect on the possible need to broaden the scope of the directive, to modify or suppress the limitations to that scope, to strengthen the harmonisation generated by the directive, eg. by developing, improving and changing the nature of the list of the annex of the directive and by putting into a more concrete form the obligations imposed on Member States by Article 5 (clarity and transparency of contractual terms), Article 6 (protection of the individual consumer against unfair terms) and Article 7 (adequate and effective means to prevent the use of unfair terms). It is also necessary to reflect on new actions that may be needed at European level, whether they could aim at more legal harmonisation of rules relating to a specific type of contracts or at non-legislative actions to improve the control of unfair terms with economies of scale at European level. As regards this last idea, I should mention that the Commission launched a pilot project for a round table between consumers and industry to draw some European guidelines for contractual terms in package travel contracts.

At national level, we have to reflect on developing more effective means to control unfair terms and to prevent their use. The traditional civil sanction of inapplicability of the unfair term may not be sufficient to protect consumers and is surely not a satisfactory disincentive for the business world. The same goes for national systems aiming to prevent the use of unfair terms. The traditional civil system, endorsed to a certain extent by the directive in its Article 7.2 and based on injunction actions launched by consumers' associations against businesses that are using unfair terms has already shown its limits: these actions take too long; they can be easily circumvented by businesses by changing the unfair contractual terms into different terms that are, however, still unfair; are too dependant on resources and interests of consumer associations and have very limited effects. They normally lead to an enterprise being prohibited from using certain contractual terms but they do not guarantee that the new standard contractual terms will be fair and even less that other enterprises in the same sector will follow the same approach.

In general terms — and this will be the last conclusion — I think that it is time to build on the comparative experiences of the Member States in order to identify best practices and to work out new inventive solutions. It is also time to overcome what I could call a 'negative' approach of controlling unfair terms and to switch to a definitively 'positive' approach in that matter. More important than eliminating the unfair terms from the contracts and protecting consumers against them is to find out and implement what a fair contract should be. The comparative experiences of different countries, from the 'Guidelines' of the Nordic Ombudsmen or the experience of sectorial negotiation between business and consumer associations in the Netherlands to the recent, though encouraging, experience of the Office of Fair Trading in the United Kingdom should allow us to find new ways to improve the situation. However, new ways to overcome the limitations of the traditional judicial injunction actions, giving them a wider impact and a more positive content, are also necessary.

As you know, the Commission has to present to the European Parliament and to the Council a report concerning the experience of the first five years of the application of Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. Today's conference will constitute an important basis for this report. The Commission has no intention to adopt any concrete proposal for amending the directive but wants to present an evaluation of the situation on the basis of all elements collected over the years with a particular regard to the case-law contained in the CLAB database and to list the problems, suggestions, new ideas and questions relating to the application of the directive. By means of this report, the Commission intends to launch a wide debate on the subject before proposing any concrete measure.

I thank you all for your participation in the conference and I hope that the Commission can continue to count on your cooperation in the future.

# ANNEXES



# Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in the Federal Republic of Germany

Rapporteur Hans-W. Micklitz  
Professor of Law at the University of Berlin (Germany)

## I. Preliminary remarks

The control of unfair contract terms in Germany is exercised by the judiciary since the beginning of the 20th century. German courts intervened into the contractual relationship in order to examine whether the agreed terms comply to the *gute Sitten* or *guter Glaube*. The legitimation has been drawn from the particular character of the 'Allgemeine Geschäftsbedingungen', the standard business conditions. Standard terms are said to be pre-formulated and meant to be used in standard business transactions. The contracting partner may choose to conclude the contract on the basis of these standard business conditions or may stay away from concluding the contract. So what standard business conditions are doing is to restrict the freedom of the contracting partners to shape the contractual relations. The adoption of the *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* in 1977 could be based therefore on long available expertise in the judiciary and on a broad acceptance in the doctrine on the control of standard business conditions. The act introduces the well known three-pronged approach to deal with unfair contract terms: the general clause based on good faith, the grey and the black list of forbidden clauses. The same harmony cannot be reported from the debate over the appropriate means of control. After a quite controversial debate the German Parliament decided to vote for leaving the control in the hands of the judiciary but facilitating access by granting consumer and trader association the right to ask for an injunction and in case the use of standard business conditions has been recommended for withdrawal of the recommendation. Since then two modes of control have to be clearly distinguished: the so-called *Inzidentkontrolle*, i.e. the control of unfair terms in individual litigation's and the so-called *abstrakte Kontrolle*, i.e. the control of unfair terms by way of a group action (*Verbandsklage*). The following report on the practical application of Directive 93/13/EEC is based on 2000 cards that we have prepared for the European data file on unfair terms — *Clabus* <sup>(1)</sup>. These 2000 entries concern with one single exception, decisions of German courts in consumer contracts, but also in business transactions. They cover decisions in individual as well as collective actions. The latter turned out to be quite successful in consumer litigations. The Verbraucherschutzverein receives subsidies of approximately DEM 2 million by the Ministry of Economics in order to enforce the AGBG and the UWG. Quite a number of the regional Verbraucherzentralen of the Länder, the consumer advice centres are actively involved in the control of standard business conditions. However, the AGBG failed nearly completely in the idea to expect from trade associations that they would use the group action to eliminate unfair standard business conditions in the relevant economic sector. The few cases filed in the courts since 1977 constitute a 'quantité négligable'. No change is about to occur.

---

<sup>(1)</sup> A more comprehensive analysis based on *Clabus* has been given in 1998: Hans-W. Micklitz, 'Rolle und Funktion der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wandel', in: Hans Peter Lehofer und Gottfried Mayer, *Geschäftsbedingungen in Österreich und der Europäischen Union, Verbraucherrecht Verbraucherpolitik* Band 17, 1998, 9-36.

## II. The situation before the adoption of the directive — 1977–93

Roughly the first 500 cards of *Clabus* cover this period, from the adoption of the AGBG up to the adoption of Directive 93/13/EEC. We decided to focus on decisions of the Supreme Court and on final decisions of the Courts of Appeal (366 decisions of the Supreme Court and 134 of the Courts of Appeal). 5 % concern business transactions, one third individual actions and two thirds collective actions. The stock-taking may be said to be relatively complete, in terms of cases that have been decided as well as in terms of the reach of the AGBG, i.e. in the overall control of standard business conditions in consumer contracts and in business transactions.

### 1. Principal actors and their role

The courts and the consumer associations are by far the most important actors. There are still areas where administrative bodies may exercise control over standard business conditions. One important field of consumer contracts, however, insurance contracts are no longer subject to administrative control since the relevant German acts have been amended in 1994 following the requirements of EC law. Today there is only the Bundeskartellamt, which still has a word to say. German trade organisations which intend to elaborate standard business conditions for their respective economic sector and which want to recommend the use to their members have to bring these *Konditionenempfehlungen* to the attention of the *Bundeskartellamt*. The federal cartel office holds a hearing with the respective parties including the consumer organisations before these recommendations are published in the *Bundesanzeiger*, the federal bulletin. The control through the federal cartel office, however, does not make the recommendation immune against judicial control. Consumer organisations quite often try to achieve in the courts a degree of protection they were unable to receive in the hearing before the cartel office. The same is true for all forms of residual control in the hands of administrative bodies. Administrative control does not pre-empt judiciary control.

One third of individual actions concern cases, where the outcome of the judgment depended on the contested term. The review we have undertaken suggests that consumers are more often going to court and are less prepared to reach a settlement with the supplier. Otherwise it is hard to explain why there are so few decisions on business transactions. The other two thirds result from group actions, almost entirely from consumer organisations. The common means to stop the use of unfair standard business conditions is the claim for injunction. Mainly the *Verbraucherschutzverein* had attempted in the early years of the AGBG to use this remedy as a potential for negotiation with large trader organisations<sup>(2)</sup>. The starting position is quite favourable under German law, at least in theory, as the judiciary requires the associations to whom the group action is granted before filing a lawsuit, to try to reach a contractual stop-use agreement with the user of the standard business conditions (so-called *Abmahnverfahren*). The technical means for the supplier is to sign a submittance declaration (*Unterwerfungserklärung*). If he has done so and then violates the submittance declaration he would have to pay a contractual penalty. In practice, consumer organisations rarely get the submittance declaration and no negotiation takes place. After the supplier's refusal, the case normally goes to the court. It has to be underlined, however, that German consumer organisations have an interest in bringing the case to court, as they need to have a judicial decision on the voidness of the term. Experience mainly in financial services and insurance contracts demonstrates that even Supreme Court decisions have no

(2) Cf. Bultmann, Fritz, A., *Verklagen oder Verhandeln, AGB-Kontrollverfahren des Verbraucherschutzvereins am Beispiel der Reisebedingungen*, Europäische Hochschulschriften 1995.

or a very limited effect on identical or similar terms that are still in use. Just one example: consumer organisations had to sue nearly every insurance company to eliminate the so-called 10-years clauses <sup>(3)</sup>. There seems to be a widespread practice to stop the use of unfair terms only if the respective courts have decided against the concrete supplier. The decision on the term as such quite often does not suffice to initiate change.

## 2. Means of control used

Neither the information of consumers nor voluntary agreements are seen as an appropriate means of control. The latest attempt to use information as a means has been undertaken by the German Telecom after privatisation. When Telecom changed its tariffs due to the privatisation, it started a large campaign to inform the consumer on the intended changes on the price calculation. Legally, Telecom intended to overcome the hurdle set by Section 2 of the AGBG that standard terms have to be inserted into the contract. The legislator had released Telecom from this duty and now quite a number of consumers challenged the information campaign as being insufficient. Voluntary agreements in the field of standard business conditions do not play a role in German law.

It is difficult to assess the efficiency and efficacy of the AGBG. The first years have been devoted to the elimination of the black and grey clauses and paved the way for the consumer organisations to get to grip with more sophisticated legal issues that come under the general clause, the good faith clause. No one knows, however, to what extent the market has been cleared in practice. The new services sector mainly in the field of information technologies makes me quite sceptical of the willingness of suppliers to accept the law. They often start their business with a set of standard business conditions that blatantly violate well-established legal rules. Control of standard business conditions seems to be a never ending task. This is all the more true as due to enhanced privatisation, more and more sectors of economic activities are coming under the scope of the AGBG.

## 3. Methodology

Whether or not a standard term is regarded to be unfair depends to a large extent on the meaning which is given to it. For many years, German courts have differentiated between the interpretation of standard business conditions in individual litigations or in abstract litigations. In individual litigations the terms had to be given the most favourable interpretation in regards to the consumer (*kundengünstigste Auslegung*), in abstract litigations the most unfavourable interpretation in regards to the consumer (*kundenungünstigste Auslegung*). Most recently the Supreme Court has made clear that it will apply one consistent interpretation rule in both types of litigation, as this is the interpretation most unfavourable in regards to the consumer. There have been problems in practice, to what extent decisions taken in abstract litigation could be made use of in an individual context. The recent jurisprudence helps to overcome possible discrepancies. Today, the key question is what type of consumer image is taken to measure his or her understanding. German courts start from a consumer who is not familiar with the law. It is certainly not the responsible consumer the European Court of Justice has in mind.

The criteria against which the so-determined meaning has to be measured are taken from the AGBG. The courts may start with the black, turn to the grey list and then apply the general clause. The latter provides guidance on how 'good faith' may be understood. It refers as a possible yardstick of control to the non-mandatory provisions of the German law. Any deviation from non-mandatory provisions is presumed to be incompatible with the good faith principle. Consumer organisations pushed the courts too hard to dwell on the legislative approach. Their

---

<sup>(3)</sup> Cf. Helke Heidemann-Preuser, *Allgemeine Versicherungsbedingungen im Verbandsklageverfahren nach § 13 AGBG*, VuR 1995, 233 ss.

reasoning regularly starts from the non-mandatory provisions in the BGB or in any other relevant legislative act that may guide the courts in their search for finding relevant criteria of decision. The courts are quite willing to go down that way as they are on legally safe ground, there is, however, no automatism. Courts will have to weigh the interests of the parties in each case. Today, more and more cases concern areas in which no yardstick of control exists. Here the courts face the necessity to use the good faith test alone to decide on the voidness of the term without there being non-mandatory provisions in the back.

No reference has been found to other national legal orders or to Community law during this period.

#### **4. Type of contract and economic sector**

The 500 cards provide an overview on the type of contract involved: sale, 111, rental 56, leasing 14, services related to goods, 96 (mainly production and installation), services not related to goods, 232. The categories in *Clabus* are relatively broad.

The same cannot be said for the attribution of the term to the relevant economic sector. Here *Clabus* goes much further at least in some sectors. The analysis of the first 500 cards shows roughly the following picture: financial services, 82; insurances, 37; furniture, 51; real estate, 97; white goods; 10, brown goods and computers, 25; cars, 73; basic services, 15; professions, 0; education, 5; matrimonial agencies, 8; transport services, 11; tourism, 35; leisure activities, 21; healthcare, 11; care of persons, 4; distance selling, 2; doorstep sales, 9; others, 24.

#### **5. Types of clauses**

Category 15 of the standard-format requires a very detailed analysis of the term. A guidebook shall help to decide where to put the term in question and which box has to be marked. In practice, however, a number of problems have come up. Often we simply had to stick to consistency in order to make sure that the same type of clause is coming under the same headings. The following results may be reported for the period between 1977 and 1993: conclusion of the contract, 27; presentation of the contract, 79; payment, 82; performance modalities, 50; liability, 105; obligations imposed on consumer, 205; life of the contract, 9; termination of the contract, 94; access to justice 55; term in order to avoid the law, 3. It seems to be as if the emphasis of control has been placed on warranty, guarantee and liability (Subsection 9 and 11 Nos 5, 7 and 10 of the AGBG).



### III. Changes pursuant to the adoption of Directive 93/13/EEC — the period from 1993 up to May 1999

Changes, as far as there are any, are not, or are to a small extent, related to the adoption of the directive. It seems to be as if the effects of the directive will come to bear in the years to come. The basis of our analysis are 1500 cards, or 1500 standard terms that have been analysed between 1993 and May 1999 under the standard-format of *Clabus*. The overall advantage is that we have been able to record nearly every decision that has been taken at whatever level in the German judiciary system in consumer contracts and in business transactions. It means that *Clabus* provides for a full overview on the German case-law since 1993. This may explain the differences in relation to first period.

- The 1500 cards cover decisions from the *Amtsgericht*, the *Landgericht*, the *Oberlandesgericht* and the *Bundesgerichtshof*. In quite a number of cases it is therefore possible to pursue the way a litigation has made over the different levels of jurisdiction. It may even be possible to investigate how a conflict after years of uncertainties at the lower levels with deviating decisions has finally been solved by the federal Supreme Court.
- The 1500 cards reflect the development of the jurisprudence in consumer law and in business transactions. In order to achieve the objective we had to double the percentage of cases that concern business transactions. This is a necessary step in order to fully cover the development. Consumer cases often serve as a testing ground for rules that may be extended to business transactions and the latter may allow the courts to develop rules that may then be applied in consumer contracts.
- The 1500 cards allow for a differentiation on the type of litigation. In comparison to the first period the number of individual actions has increased, from 1/3 to 43 %. This difference, however, may result from the fact that the second periods cover also decisions of the lower courts where quite a number of individual actions are decided.

The comparison between the first period and the second period is easy to realise: all in all there are 2000 cards, one quarter concern the first period and three quarters for the second period. It is true there are differences to be taken into account: the first 500 cards concern only final decisions of the upper courts and the distribution into the first 500 and the second 1500 is not totally correct. The basis, however, is solid enough to set up a correlation between both periods and that is what the report is all about.

#### 1. Principal actors, means of control, methodology

The principal actors have remained the same, so have the means of control. Changes may be reported in terms of methodology. They concern the consumer image and the good faith test outside and beyond the availability of non-mandatory provisions in German law. It is not yet clear to what extent the European image of the responsible consumer that is about to be established in unfair and misleading advertising law by the German courts will affect the interpretation of standard terms. Courts seem to become less certain on the consumer image to be applied. Hints can be found here and there that may indicate a certain willingness to tighten the requirements, that means to raise the standards.

The second change concerns an issue which might be of importance not for the German courts alone. How shall the courts decide whether a clause is to be regarded void or not if there is no other yardstick available than 'good faith'? This is mainly true in the area of services where no non-mandatory provisions exist. The transparency principle developed by the German courts

before the adoption of the directive is used to fill the gap. There may be an indirect linkage between the steadily growing use of the transparency principle and its codification in Directive 93/13/EEC. The point is whether it is possible to differentiate between formal and substantive transparency, i.e. whether a rule can be said to be transparent if it says in clear language that the consumers' rights are restricted or whether it contains substantive elements of justice that have to be respected <sup>(4)</sup>.

## 2. Type of contract and economic sector

The 1500 cards show the following picture: contracts of sale, 303; rental, 231; leasing 49; services related to goods, 250; services not related to goods, 761. The distribution has not much changed perhaps with the foreseeable exception of services where the figures demonstrate a rise of 10 %.

The differences in the economic sector are more striking: financial services, 197; insurances, 164; furniture, 90; real estate, 304; white goods, 33; brown goods and computers, 65; cars, 126; basic services, 155; professions, 33; education, 12; matrimonial agencies, 35; transport services, 16; tourism, 40; leisure activities, 88; healthcare, 14; care of persons, 73; distance selling, 5; doorstep sales, 3; others, 128. The control activities have been shifted towards financial services (mainly the insurance sector), to professions, to basic services and to the care of persons, whereas classical fields such as furniture, cars, tourism seem to be on the decline.

## 3. Types of clauses

Again here important changes have occurred demonstrating a shift of the relevant issues away from warranty and guarantee, but not liability. In order to facilitate the comparison, I have put the presumed figure based on a simple tripling in brackets: conclusion of contract, 137 (81); presentation of contract, 304 (237); payment, 319 (246); performance modalities, 324 (150); liability, 239 (315); obligations imposed on consumer, 675 (615); life of contract, 81 (27); termination of contract, 228 (282); access to justice, 144 (165); term in order to avoid the law 6 (9). The changes deserve a closer look.

There is a remarkable rise within the first four categories although the reasons behind may be different. The raised importance on terms that refer to the conclusion of the contract and the presentation of the contract may be explained by an overall tendency of the business sector to escape from standard business conditions into individually negotiated terms. The German courts are heavily involved in reshaping the borderline between controllable standard business conditions and non-controllable individually-negotiated terms. The rise in the next two categories in the standard-format 'payment and performance modalities' may date back to the increasing role of contracts of services where the parties struggle hard over the basic contractual obligations. This may likewise explain the decline in the domain of warranties, because there are no such obligations in contracts of services. The life of the contract has become a battlefield again in the area of contracts for services, but not so much financial services but basic services.

<sup>(4)</sup> Pedro Bueso, *Die Kriterien der Mißbräuchlichkeit in der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, VuR 1994, 309 ss; D. Gozzo, *Das Transparenzprinzip und mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, europäischen und brasilianischen Rechts*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, 1996; Francesca Brunetta, Brunetta d'Usseaux, Formal and substantive aspects of the transparency principle in European private law, Consumer Law Journal 1998.

## IV. Tendencies and areas of conflict in the near future

### 1. Areas where the conflict between the national and Directive 93/13/EEC has already become clear

Since 1993 there are only ten cases to be reported where the courts have referred to Directive 93/13/EEC. Two of the cases are worthwhile being reported.

- In *Verbraucherschutzverein Berlin/Sparkasse* <sup>(5)</sup> the Federal Supreme Court held the following term not to violate Article 4(2) of the directive: 'Writing out of a savings account book without the declaration that the one to be substituted is void according to Section 7 of the Statute on Saving Accounts is to be remunerated with at least DEM 15, for each DEM 100, in favour of the client. The remuneration must not exceed DEM 150.' The decision of the German Supreme Court not to refer the case to Luxembourg has raised criticism in legal doctrine <sup>(6)</sup>.
- In *Verbraucherschutzverein Berlin/Lebensversicherungen* <sup>(7)</sup> the Landgericht Stuttgart decided that the following term is exempted from the transparency principle as it reiterates only Sections 174, 176 act on insurance agreements (*Versicherungsvertragsgesetz*) and is therefore not subject to control according to Article 1(2) of Directive 93/13/EEC. 'When are you entitled to refrain from paying the premiums or to terminate the agreement? (2) Termination and payment of the surrender value. You are entitled to terminate the insurance agreement to the end of an insurance period at any time. You will receive the surrender value, as long there exists one, after the termination. The surrender value will be determined according to the accepted rules of insurance mathematics for the end of the running insurance period, being the current market value of your insurance. We will deduct a certain amount, which is considered to be adequate from the current market value, if the insurance is not dormant or an expectant insurance when the agreement is terminated.' The Court of Appeal of Stuttgart will decide on the appeal of the *Verbraucherschutzverein* in the future. The final word will remain on the Supreme Court and may be on the European Court of Justice.

The two cases raise a number of questions that are at least partly interconnected on the following issues.

- (1) The reach of Article 4(2): what does Article 4(2) mean by main performance (*Hauptleistung*)? Where is the borderline to be drawn between main performances that are exempted from control and additional performances that are submitted to control?
- (2) The importance of Article 1(2): does it mean that non-mandatory provisions in German law are exempted from control? The questions have come up in both cases.
- (3) The position of the transparency principle as defined in Article 4(1) and Article 5 in its relation to Article 1(2) and 4(2): is it possible to test the transparency of non-mandatory legal provisions? Are main performances, even if they are exempted from Article 3, subject to a transparency test?

<sup>(5)</sup> Bundesgerichtshof judgment of 7.7.1998 *Verbraucher und Recht* 1998, 337 (*Clabus* 1736).

<sup>(6)</sup> Hans Erich Brandner, *Auslegungszuständigkeit des EuGH bei der Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln der Banken bei Verbraucherverträgen*, MDR 1999, 6 ss.

<sup>(7)</sup> LG Stuttgart, judgment 21.9.1998, *Versicherungsrecht* 1998, 1406 (*Clabus* 1921 and 1944).

## 2. Issues where conflicts are about to emerge

I agree that it is highly speculative to define the areas where possible conflicts may come up. Legal doctrine has, however, already defined areas of concern and Supreme Court judges have made their view public. <sup>(8)</sup>

- Scope of application as regards the person affected: control of notarial contracts, of labour contracts and control in the area of public services. Directive 93/13/EEC points towards an enlargement of the control. This is mainly true for notarial contracts. The German legislator has narrowed down the control in paragraph 24 a AGBG which implements the directive and part of the legal doctrine pushes hard to further restrict the control of notarial contracts <sup>(9)</sup>. Labour contracts are exempted under the directive, but are submitted to the criteria developed under the AGBG. Here, control is indispensable in order to compensate for the decreasing value of collective agreement provisions. The whole area of public services has to be looked at carefully, as the reach of the directive is not yet clear. A number of inconsistencies exist. When the public sector has been privatised according to EC law, the contractual relationship to the consumer, however, is still submitted to public law rules <sup>(10)</sup>.
- Scope of application as regards the subject matter: the notion of standard business conditions in contrast to individually negotiated terms. German courts face uncertainty on where to draw a borderline when the user combines elements of pre-formulated terms and handwritten terms. One may wonder whether the European Court of Justice would have to lay down the requirements of what has to be understood by individually negotiated terms.
- Interpretation rules: the consumer image under EC law and under national law. Can the interpretation most unfavourable in regards to consumers as applied by the German courts to individual as well as to collective litigation survive? The directive lays down interpretation rules for individual litigation only, based on the most favourable interpretation. Is there room for reference to Article 8 or has the interpretation rule been totally harmonised? And strongly related: are the circumstances surrounding the conclusion of the contract likewise relevant in collective litigation? German doctrine is divided on that question.
- Maintenance of privileges: is it compatible with the directive to exempt contract rules of the award of public services (so-called *Verdingungsordnung für Bauleistungen VOB*) from the control, as largely foreseen in Section 23 AGBG? These rules have been developed by all contracting parties and are, therefore, said to constitute a fair balance of the interests, at least as long as they are inserted into the consumer contract as a whole. They deviate in a number of issues from non-mandatory provisions of the civil law, more precisely on the rules governing the contract to manufacture.
- Restriction of control: insurance contracts are subject to control under the AGBG within the limits of Section 8. The question has been raised whether the proviso of the transparency

<sup>(8)</sup> Peter Ulmer und Ulrich Hübner, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Karlsruhe Forum 1997, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1998. The book has been published following a conference that has taken place in 1998. Beyond the contributions of the authors, there are a number of interventions by the participants that have been reprinted.

<sup>(9)</sup> Cf. Peter Ulmer, *Das AGB-Gesetz nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, in Ulmer/Hübner (footnote 8), 9 ss, 19 ss. The starting point is Section 24 a No 1. In order to bring the concept of standard terms of the directive into line with the German AGBG, No 1 fictions that all standard consumer contracts have been submitted (gestellt) by the consumer. However, the fiction does not apply if the standard terms have been inserted into the contract upon request of the consumer or through a third person whose action may be attributed to him. The burden of proof here lies on the user of the term. If these requirements are regarded to be respected if the consumer demands the notary to elaborate a contract, there would remain little room for control.

<sup>(10)</sup> Beate Butters/Peter Rott, *Öffentliche Dienstleistungen und Vertragsgerechtigkeit im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, Teil 1 75 ss, Teil 2 107 ss.

principle in Article 4(2) means that insurance contracts are exempted from the control under Article 3 of the directive as long as they are transparent and the requirements of Recital 19 been respected <sup>(11)</sup>.

### 3. Unsolved issues with little guidance from the directive — the group action

The German Verbandsklage which has so successfully made its way into European law would deserve a closer look to clearer shape its merits and deficiencies. The German legislator has not understood Article 7 has a request for reform <sup>(12)</sup>. I will shortly underline the main shortcomings.

- The right for consumer organisations to take action is bound under paragraph 13(2) No 1 to providing advice and information to individual consumers. Legally it is therefore not possible to separate fieldwork from the elimination of unfair marketing practices.
- The German information system on decisions taken in collective actions is highly insufficient and outdated. There is no easy access for courts to consult a data file in order to examine whether other courts in the country have been involved in similar cases (Section 20 AGBG). One may wonder whether *Clabus* may fill the gap.
- The whole procedure of filing a law suit has not been adapted to the specific function of a group action. The rules to be applied are largely taken from the *Zivilprozessordnung* which is based on individual law enforcement. What is the legal nature of the group action in contrast to individual action? Are the parties of a collective action free to set an end to the litigation or is there any public interests involved that requires a final and definite court decision? On whom is the burden of proof and what does burden of proof mean with regards to fact finding and legal reasoning in collective actions? Should it be possible in one and the same country to allow different consumer organisations to sue the same user? Should it be possible for a consumer organisation to assign its right to sue to another consumer organisation that might be better equipped to handle the issue at stake?
- Individual litigation and collective litigation are not fully interconnected. A number of difficulties arise whenever a consumer in his or her individual contract would like to refer to a term that has been declared void in a collective litigation. The German solution as laid down in Section 21 AGBG, to extend the *res judicata* of collective actions to individual actions is of high academic interest, but of no practical value.
- Consumer organisations face substantial difficulties to effectively control whether the users of the terms respect the court decisions. In this context, a preliminary injunction order would be of great help but has been denied by the German courts.
- No satisfying rules have been found so far on how to spread the costs of collective actions. The German system is based on the determination of the value of the matter in dispute (*Streitwertbestimmung*, Section 22 AGBG).
- Collective actions become statute-barred. Section 13(4) AGBG differentiates between a two-year period for filing a lawsuit after the terms have first been used and a cut-off period of four years, the latter being blamed for violating EC law <sup>(13)</sup>.

All these questions have now to be discussed in the light of Article 7 of Directive 93/13/EEC. Can Article 7 provide any guidance here?

<sup>(11)</sup> Cf. Ulrich Hübner, Auswirkungen der europarechtlich vorgegebenen Änderungen des AGB-Gesetzes und des Versicherungsaufsichtsrechts auf die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Peter Ulmer und Ulrich Hübner (footnote 8), 43 ss; 57 ss.

<sup>(12)</sup> Cf. for a first attempt to review the German Verbandsklage in the light of Article 7: Hans-W. Micklitz, Verbandsklage und die Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln, ZIP 1998, 937 ss.

<sup>(13)</sup> Norbert Reich/Vergau, Zur Verjährung von Verbandsklagen gegen Verwender und Empfehler von AGB, Festschrift Heinrichs 1998, 411 ss.

# Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Austria

Rapporteur: Peter Kolba  
Verein für Konsumenteninformation (VKI), Wien, Austria

## I. Situation before implementation of the directive

### 1. Actors and their fields of activity

#### 1.1. Class actions

The 1979 Consumer Protection Act (*Konsumentenschutzgesetz, KSchG*) introduced the possibility to bring class actions against unlawful and/or unconscionable terms in companies' general terms of business and standard-form contracts. Under Article 28 of the Consumer Protection Act, a legal claim may be made to compel the involved company to refrain from using unfair contract terms; however, class actions can be instituted only by one of six organisations which are listed in Article 29 of the act. They are:

- *Bundeswirtschaftskammer* (Federal Economic Chamber);
- *Österreichischer Arbeiterkammertag* (Conference of the Austrian Labour Chambers);
- *Österreichischer Landarbeiterkammertag* (Conference of the Austrian Chambers of Agricultural Workers);
- *Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs* (Conference of the Presidents of the Austrian Agricultural Chambers);
- *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (Austrian Trade Unions Federation);
- *Verein für Konsumenteninformation* (Consumer Protection Association).

Among these organisations, *Verein für Konsumenteninformation (VKI)* is the only one which has adopted a consistent policy to make use of its right to bring class actions, and is doing so on an ongoing basis on behalf of the competent Ministry of Consumer Protection.

Legal claims raised by any of the aforementioned entitled organisations are dealt with in regular civil proceedings and are decided on by the regular civil courts.

#### 1.2. Proceedings in individual cases

In addition to class actions, VKI also fights against unlawful contract terms in test cases involving problems of individual consumers.

As we have seen time and again in our counselling activities, effective consumer protection often stops short of legal enforcement in the courts, as the potential costs of legal proceedings pose a risk which is frequently too great for the affected consumers to bear. VKI's response to this problem has been to assume contingent liability for the cost of individual proceedings (on behalf of the competent Ministry of Consumer Protection). This not only eliminates the cost risk of legal proceedings for the affected consumer, it also promotes enforcement of the law in individual cases and development of case-law by the courts.

### **1.3. Involvement in designing general terms of business (GTB)**

On various occasions, interest groups — including VKI — have been able to take a hand in the revision of the standard business conditions of entire industries. Examples of new, legally sound GTB in whose formulation VKI participated include those for travel agencies, used-car dealers, cable TV providers, dry cleaners and for ATM services. In this way, consumer advocates can effectively protect consumers against detrimental terms by influencing contracts before they are concluded. However, VKI's cooperation is always based on two conditions: firstly, its involvement must not be used as an advertising argument, and secondly, it is understood that any statements by VKI are made without prejudice.

### **1.4. Consumer information and education**

Frequent media reports on VKI's activities in class actions and test cases have resulted in growing awareness among consumers of this issue. In the context of our counselling work, we have seen consumers who are asking for a check on certain contract forms, including GTB, even before they sign a contract.

An information leaflet ('AGB-Info') on the outcomes of legal proceedings is prepared at regular intervals and distributed to all Austrian consumer counselling facilities. Readers can learn from the leaflets which contract terms have been invalidated, and what the legal reasoning was in each case. Up-to-date information on class actions and test cases is provided in VKI's monthly newsletter 'Informationen zum Verbraucherrecht' <sup>(1)</sup> ('Information on Consumer Law'). This service, which began in 1995, is being offered on a continuous basis. In addition, there is VKI's 'Konsumentenrecht Entscheidungssammlung' (KRES: compilation of consumer law related court decisions), a detailed documentation of, at present, over 1 000 court decisions on consumer law issues, including numerous decisions involving unfair contract terms.

## **2. Control instruments**

### **2.1. Class actions brought by VKI**

The objective of the relevant class actions is that the defendant refrain from using the disputed contract clauses in business dealings with consumers. In addition, VKI requests publication of the court decision in every case, to make these decisions known to a wider public and inform consumers about the unlawful or unconscionable character of certain contract terms.

The objective of any litigation is either a court decision upholding VKI's position, or an out-of-court settlement in which the defendant agrees to refrain from using the disputed contract clause(s). In the latter case, VKI waives its claim to formal publication of the court decision. Furthermore, phase-out periods are sometimes scheduled if the defendant agrees not to invoke the unlawful clauses during the phase-out period. Up to now, most cases have been successfully ended by such settlements.

If a contract clause is declared invalid in the course of a class action, the judge is not at liberty to reduce the scope of said clause to its legally admissible content. The Austrian Supreme Court has expressly stated that in a class action, a judge must not, through upholding admissible portions of a contract clause, make him/herself 'an advocate of the party employing the GTB'. Rather, the Supreme Court argued, it is the duty of the GTB user to formulate terms and conditions which are in keeping with the law <sup>(2)</sup>.

#### **2.1.1. Problems in class actions**

##### **2.1.1.1. No obligation to produce GTB documents**

Some companies (e.g., in the financial services sector) have refused to produce their GTB, which presents a serious problem in instituting class actions. As the plaintiff has to prove in the

<sup>(1)</sup> Free-of-charge information at <http://www.konsument.at/>

<sup>(2)</sup> OGH 13.1.1987, 2 Ob 523/85=KRES 1h/4

proceedings that the disputed GTB are in fact applied in business dealings with consumers, companies can at first avoid litigation by not producing their GTB. To collect sufficient evidence to bring a class action, VKI has to expend considerable effort on research (test deals), unless a consumer who has concluded just such a contract comes in for counselling and thus coincidentally supplies the required documents.

There are only two business sectors — real estate agencies and personal credit brokers — that are obliged by legal regulations to submit their general terms of business to VKI for information. No equivalent provisions exist for other industries.

### **2.1.1.2. Limited impact**

Because of budgetary constraints, only a limited number of class actions could be conducted<sup>(3)</sup>, so that the situation of consumers could not be improved to a satisfactory extent by use of this control instrument by itself.

In addition, businesses and their interest groups vehemently criticised the fact that class actions could be brought without prior warning, so that it was suggested at an early stage to introduce the possibility of formal censure (comparable to the censure process in Germany): in this out-of-court process, companies would commit themselves in a formal declaration to refrain from using the disputed contract terms; compliance with this commitment would be ensured by a contractual penalty. The censure option would have enabled VKI to approach the issue on a broader basis. However, the proposal was not implemented because at the time, there was no legislative foundation for it. This was created only when the Consumer Protection Act was amended in 1997 (see below).

## **2.2. Individual cases**

Individual court cases also provide an opportunity to test whether contract terms are unlawful or contrary to public policy. The court examines this question if the plaintiff raises an objection to this effect. The following problems can be identified in this context:

### **2.2.1. Problems in individual cases:**

#### **2.2.1.1. Reduction in scope, residual validity**

If a contract clause is held to be invalid in an individual case, the court has to examine which residual portion of the clause is in keeping with the law — the so-called principle of 'maintenance of validity by reduction in scope'. It is therefore the judge who determines what the significance of a — per se invalid — clause shall be in an individual case, a practice that causes legal uncertainty. The determination by the court of an admissible residual content of an invalid contract provision is a problematic practice, especially in cases involving Article 879(3) of the Austrian Civil Code (ABGB), which deals generally with the question of grossly unfair disadvantage, and in case of contract clauses which are open to interpretation. This approach makes it impossible for the consumer to inform himself properly and right from the start about his rights and obligations under the contract terms. For this reason, the principle of maintenance of validity by reduction in scope has been controversially debated in legal literature<sup>(4)</sup>.

#### **2.2.1.2. Out-of-court settlements prevent legal clarification**

Individual court proceedings have not always been effective as an instrument to control unfair contract terms. Some test cases ended with out-of-court settlements, precluding clarification by final judgments. It was therefore in the defendant's power to prevent the establishment of precedents, prolonging a legally unclear situation. This situation of legal uncertainty is especially unfortunate in cases involving unresolved legal issues whose importance far exceeds that of the individual case (e.g., in the financial services sector).

<sup>(3)</sup> An average 20 cases per year

<sup>(4)</sup> See, e.g., Fitz: Zur geltungserhaltenden Reduktion überschießender AGB-Klauseln, FS Schnorr (1988,646) und Lehofer/Mayer, in: Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1988/89,116



### 3. Legal foundations for control of unfair terms

#### 3.1. Contractual validity (ABGB Article 864a)

The court first examines whether a contested clause has in fact become a valid component of a contract. Under Article 864 a of the General Civil Code (ABGB), surprising conditions of unusual content which are detrimental to one party shall not become an integral part of the contract. This standard of contractual validity set by ABGB Article 864a applies not only to subsidiary agreements, but also to contractual provisions which establish, modify or expand the main contractual obligations <sup>(5)</sup>.

In examining whether a clause is objectively unusual, the court has to consider the usual practices in the relevant business sector and the expectations of the group of persons addressed. The burden of proof for establishing the unusual character of a contract clause lies with the party who claims that it is indeed unusual (i.e., the consumer) <sup>(6)</sup>.

Whether a contract clause can be regarded as surprising depends not only on its substance. In particular, the court has to consider the position of the clause in the full text of the contract, i.e., whether the disputed provision is hidden away in the text at a place where the contracting party does not expect it. In considering this question, the court has to assume that the text is read with average carefulness <sup>(7)</sup>.

#### 3.2. Interpretation of GTB (ABGB Article 915)

If a contract clause is open to various interpretations, the question of interpretation of such a clause arises both in individual litigation and in class actions.

In individual cases, ABGB Article 915 stipulates that the clause shall be interpreted in such a way as to render the most unfavourable reading for the party that has used this clause (i.e., as a rule the reading most unfavourable to the involved company).

The objective of class actions, however, is to eliminate inadmissible GTB clauses with a view to prevention of their future use. For this reason, the interpretative rule laid down in ABGB Article 915 is reversed: the court has to assume the most consumer-unfriendly reading of the disputed clause and examine in this light whether the clause violates legal provisions or contravenes public policy <sup>(8)</sup>.

#### 3.3. Consideration of substance (ABGB Article 879)

If a clause forms a valid component of a contract, and if its interpretation has been clarified, its substance has to be considered. According to ABGB Article 879(1), a contract is void if it violates a legal prohibition or is against public policy.

It has long been the task of the courts to develop case-law to define this general requirement in detail. In doing so, the courts examined the factual justification of each disputed cause and weighed the contractual positions of the parties to the contract against each other. If a crass imbalance of these positions was found, it was assumed that the disputed clause or the entire contract was against public policy and therefore void.

With the introduction of the Consumer Protection Act (KSchG) in 1979, the general provision contained in ABGB Article 879(1) was more strictly defined. On the one hand, a new provision was added to the Civil Code (ABGB Article 879(3), see below); on the other hand, KSchG Article 6 introduced a list of contractual provisions that are against public policy and therefore inadmissible.

<sup>(5)</sup> OGH 20.3.1991, SZ 64/31 = ecolex 1991, 453 = KRES 3/66

<sup>(6)</sup> OGH 25.3.1987, 1 Ob 576/87 = KRES 3/37

<sup>(7)</sup> OGH 13.4.1983, SZ 56/62 = EvBl 1983/129 = KRES 3/9; OGH 19.4.1984, SZ 57/78 = JBl 1985, 167 = KRES 3/15; OGH 15.1.1985, EvBl 1985/148 = KRES 3/18 and OGH 29.10.1987, 7 Ob 1015/87

<sup>(8)</sup> OGH 14.4.1994, 2 Ob 523/94 = KRES 1h/8

Under ABGB Article 879(3), a contractual provision which is contained in a company's GTB or standard contract forms, and which does not establish one of the mutual main obligations, shall be void if, considering all circumstances of the case, it is seen to put one party at a gross disadvantage. While the courts consider mainly objective circumstances in accordance to ABGB Article 879(1), ABGB Article 879(3) in addition allows consideration of subjective factors.

In considering the substance of a contractual provisions according to ABGB Article 879(3), courts have to examine only those contractual provisions which do not establish one of the mutual main obligations. The concept of main contractual obligations was introduced to exclude from court scrutiny according to ABGB Article 879(3) the substance of those conditions which have to be agreed upon by the parties to establish a sufficiently determined contract as required by ABGB Article 869.

### **3.4. Catalogue of inadmissible clauses (KSchG Article 6)**

KSchG Article 6 demonstratively lists terms which may typically put consumers at a gross disadvantage (e.g., concerning the binding of a party to the contract, price increases, right to refuse performance, waiver of compensation, change in performance, etc.), thereby giving concrete substance to the general provision contained in ABGB Article 879. KSchG Article 6 differentiates between contract terms which are so blatantly detrimental to the consumer that they cannot under any circumstances be validly agreed (paragraph 1), and those clauses which may be held to be validly agreed if the company proves that they have been 'individually negotiated' (paragraph 2).

### **3.5. Other provisions of the Consumer Protection Act**

In addition to the list of inadmissible clauses contained in KSchG Article 6, there are several other legal provisions which the court has to consider in determining whether or not a contract clause is unlawful. They include: obligation to inform the consumer of his right of rescission (KSchG Article 3), binding warranty provisions (the Civil Code contains warranty provisions, but allows that they may be waived in a contract; KSchG Article 9 makes them obligatory in any dealings between businesses and consumers), legal effectiveness of informal declarations (KSchG Article 10), prohibition of salary assignment (KSchG Article 12), calling in of entire debt if payment of one instalment is delayed (KSchG Article 13), place of jurisdiction clauses (KSchG Article 14), termination of continuing obligations (KSchG Article 15).

## **4. Business sectors, contract types**

In principle, class actions are being brought in all areas of business activity. In the initial phase, attention focussed particularly on those sectors which VKI knew from its consumer counselling work to be especially prone to complaints: e.g., furniture dealers, car dealers, fitness studios, plumbers, travel agencies <sup>(9)</sup>.

## **5. Type of contract clause**

Litigation focussed initially on obvious and serious violations of the Consumer Protection Act, such as waivers of liability, warranty restrictions, changes in price and/or performance and waiver of the consumer's right to refuse performance.

## **6. Legal and practical problems**

As explained above, there is no general obligation of companies to submit their GTB to an organisation which is entitled to bring class actions. Introduction of a legal obligation to this

<sup>(9)</sup> See CLAB database at: <http://europa.eu.int/clab/index.htm>

effect would be indicated, as VKI has to expend considerable research efforts to ascertain the use of GTB in business dealings with consumers.

Only a limited number of class actions could be brought, as there was no legal foundation for a — more cost-effective — censure process. Because of the substantial cost risk, most cases involved only obvious violations of the Consumer Protection Act, whereas interesting cases with uncertain outcome were not initially considered.

## II. Changes effected by implementation of the directive

When Austria joined the European Union on 1 January 1995, it undertook the obligation to adjust its national law to community law insofar as the provisions of the *acquis communautaire* call for a higher level of consumer protection than national law. As discussed in Section I, protection of consumers against unfair contract terms had already been introduced on the national level with the adoption of the 1979 Consumer Protection Act. This was regarded as essentially sufficient to comply with the provisions of the directive.

The 1993 amendment of the Consumer Protection Act transposed into national law provisions relating to door-to-door business, consumer credits and, in particular, package travel contained in the relevant Community directives.

Only the 1997 amendment of the Consumer Protection Act <sup>(10)</sup>, whose purpose was, *inter alia*, to improve implementation of the directive on unfair terms in consumer contracts, introduced major changes regarding control of contract terms.

The catalogue of unfair terms contained in KSchG Article 6 was revised and expanded, and KSchG Article 6(3) expressly implemented the provision that consumer contracts be drafted in plain, intelligible language. In addition, KSchG Article 28 introduced the legal basis for a censure process.

### 1. Changes in the catalogue of unfair contract terms (KSchG Article 6)

#### 1.1. Reservation of the right to modify prices (KSchG Article 6(1)(5))

Even before the amendment, a company's right to unilaterally increase the price of goods/services after conclusion of the contract was conditioned upon the fact that the circumstances which gave rise to such an increase had to be defined in the contract and had to be independent of the company's will. The amendment added two further conditions: firstly, a price modification must be factually justified; and secondly, both upward and downward modifications must be possible, i.e., the company has to agree in the contract to reduce the price if and when the factors relevant for the setting of prices change in such a way as to mandate it. Precedents for this requirement of two-sidedness had already been established by court rulings concerning escalation clauses in credit contracts <sup>(11)</sup>.

#### 1.2. Exclusion of liability (KSchG Article 6(1)(9))

In contracts with consumers, any exclusion of liability in the event of personal injury is now ineffective, regardless of the degree of fault involved.

As late as 1996, the Austrian Supreme Court (Oberster Gerichtshof, OGH) had upheld the exclusion of a company's liability in a case involving personal injury of a consumer, on condition that there was only slight negligence on the part of the company. A consumer who suffered serious injuries in an accident while on a package trip was denied any redress because, the Supreme Court said, the accident was caused by an act of slight negligence (speeding by a bus driver) <sup>(12)</sup>.

Exclusion of liability for other damage is still possible if only slight negligence is involved on the company's part.

---

<sup>(10)</sup> BGBl I 1997/6

<sup>(11)</sup> OGH 10.6.1987 in KRES 1d/31

<sup>(12)</sup> OGH 11.1.1996, ecoclex 1996, 358 = KRES 3/94

### **1.3. Limit on default interest (KSchG Article 6(1)(13))**

The 1997 amendment of the Consumer Protection Act introduced a limit of 5 % annually on default interest in money lending deals, which can be charged in addition to the normal (= contractual) credit interest rates. The explanatory remarks in the law state that higher default interest rates are not binding on the consumer if they are stipulated in the original contract, but they can be effectively agreed after the consumer has defaulted on payments.

Previously, default interest rates were not subject to any legal restrictions other than those set in usury provisions. The new regulation takes into account the fact that consumers do not expect at the time of conclusion of the contract that they will be in arrears with payments at some future point, and therefore do not pay particular attention to the conditions set for this situation.

### **1.4. Exclusion of avoidance on the ground of error (KSchG Article 6(1)(14))**

According to the provisions of ABGB Article 871 and subsequent articles of the Civil Code, contracting parties can agree to waive their right of avoidance on the grounds of error, and this has been held by the courts to apply also to consumer contracts. Such waivers are now expressly declared as ineffective by the law, as are waivers concerning avoidance on the grounds of missing implicit basis or later frustration of contract.

### **1.5. Collection costs (KSchG Article 6(1)(15))**

This provision, which applies only to agreements made after a consumer has defaulted on payments, contains a twofold restriction on the company's right to charge collection costs:

Firstly, a consumer can be charged only with such costs as are appropriate and necessary for collection of the outstanding debt (including costs of legal enforcement).

Secondly, the provision requires companies to give a separate, detailed account of the collection costs in the agreement, so that the consumer, before making the agreement, knows how much the costs are and how they compare to the owed amount to be collected.

### **1.6. Requirement of intelligible wording (KSchG Article 6(3))**

Article 6(3) of the Consumer Protection Act says that obscure or unintelligible provisions in general terms of business or standard contract forms are void.

Different views have been expressed on the question of whether and to what extent it was necessary to introduce a special provision to implement the directive's requirement of 'plain, intelligible language' in contracts in Austria's civil law. KSchG Article 6(3) supports the older provision of ABGB Article 869 which requires that agreement to a contract must be 'determined and intelligible', failing which the contract is not held to have been concluded. Furthermore, KSchG Article 6(3) integrates the substance of the rules on obscure clauses contained in ABGB Article 915 into the Consumer Protection Act.

We expect that the requirement of intelligible wording will become a particularly effective instrument to eliminate consumer-hostile clauses in contracts.

## **2. Censure process**

The 1997 amendment of the Consumer Protection Act introduced the legal foundation for an out-of-court censure process. The relevant provision is contained in Article 28(2) which states that all organisations which are entitled to bring class actions may also carry out a censure process.

At the moment, VKI is the only one of the entitled organisations which has made it a consistent policy to use its right of censure. The process is clearly structured: VKI issues a written communication in which it explains its objections to certain contract terms and invites the company involved to commit itself in writing to refrain from using these terms in future contracts. This commitment is made by signing a formal declaration; breaches are sanctioned by an appropriate

contractual penalty <sup>(13)</sup>. If the company agrees within 14 days to sign the declaration, the conflict is resolved without any cost to the company involved. VKI also allows realistic phase-out periods for existing GTB and standard contract forms, provided that the company agrees not to invoke the obsolete terms during the phase-out period.

The number of court cases has somewhat decreased since introduction of the censure process because as a rule, the involved companies agree to formally commit themselves to drop the terms to which VKI objects. As the censure process does not involve the cost risk inherent in court proceedings, a greater number of less blatant, legally interesting cases could be tackled. Overall, the censure process has decisively contributed to make preventive control of contract terms more effective.

Because of the large number of censure cases, some business associations suggested that VKI play a more active role in the review and redrafting of GTB. With a view to the changes introduced by the 1997 KSchG amendment, the Federal Chancellery's Consumer Affairs Unit organised a workshop to discuss the GTB issue. This meeting, which was held in October 1997, brought together consumer advocates, business representatives and legal scholars. On this occasion, the Federal Chancellery also issued a booklet dealing with GTB and the censure process. The businesses' interest group has contributed to contract terms control by publishing a manual for use by entrepreneurs on how to draft lawful GTB.

### **3. Sectors and contract types**

Like the class actions of previous years, censure processes have been carried out in relation to companies from a broad range of sectors and different locations throughout the country. Contrary to our earlier practice, most attention has been given to growth industries — such as telecommunications, financial services, Internet service providers and debt collection agencies — which give rise to a particularly large number of complaints, as practical experience has shown. These cases have involved service contracts whose general terms of business — owing to the peculiarities of the sector — frequently cannot be judged by the standards set in the catalogue of terms of KSchG Article 6. Standards of public policy or intelligibility had to be used in evaluating many of these terms.

### **4. Typical terms**

Most violations involve restriction of warranty rights, inadmissible exclusion or limitation of compensation rights, excessively long contract periods, changes in price and/or performance, inadmissible data protection provisions, excessively high cancellation fees, other grossly detrimental provisions, as well as violations of the intelligibility requirement.

---

<sup>(13)</sup> ATS 10 000 per contract clause and per violation

### III. Future trends and implementations problems

From the practical perspective of consumer advocates' organisations, a relatively satisfactory level of consumer protection has been achieved in the area of control of contract terms. Censure processes and legal proceedings instituted by VKI on behalf of the Federal Chancellery have become a major instrument of consumer protection in Austria which is receiving a lot of attention by the Austrian media and the public at large. As a result of VKI's class actions, businesses are making greater efforts to use lawful GTB in their dealings with consumers. In particular, the introduction of the intelligibility standard laid down in KSchG Article 6(3) has provided consumer advocates with an effective tool in the fight against obscure contract clauses.

In jurisprudence, there is as yet no agreement on the substance and significance of the intelligibility requirement of KSchG Article 6(3) <sup>(14)</sup>. It remains unclear what the position of this provision is in relation to the older protective provisions against unfair terms contained in ABGB Articles 915, 864a, 869 and 879(3). Some jurists have maintained that transposition of the intelligibility requirement into Austrian civil law was unnecessary because, they argue, ABGB Articles 869 and 915 provide more extensive protection than that envisaged by the directive — especially since these provisions of the Civil Code apply generally, not only in dealings with consumers. In addition, and contrary to the directive, Austrian law does not make a difference between 'individually negotiated' terms and those contained in a company's GTB when considering obscure and unintelligible terms.

It therefore remains to be seen which decisions will be taken by the courts in pending class actions in relation to the intelligibility requirement.

---

<sup>(14)</sup> See Korinek in JBl 1999/3, 149ff.

# Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE en Belgique

L'application par les tribunaux belges des dispositions relatives  
aux clauses abusives introduites par la loi du 14 juillet 1991, telle  
qu'amendée en vue de la transposition de la directive 93/13/CEE

Rapporteurs: O. Leroux — Th. Bourgoignie — V. Cambier

## Avant-propos

1. La directive européenne sur les clauses abusives date de 1993. La Belgique n'avait pas attendu cette année-là pour se doter d'un instrument législatif efficace pour lutter contre les clauses abusives puisque dès 1991 fut adoptée en Belgique la loi sur les pratiques et sur l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991, *Moniteur belge*, 29 août 1991), dont les articles 31 à 34 y étaient consacrés.

Cette loi, anticipant sur la directive européenne, prévoyait, tout comme celle-ci, une définition générale des clauses abusives ainsi qu'une liste noire.

Les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 ayant trait aux clauses abusives ont été modifiées et complétées par les lois du 3 avril 1997 (*Moniteur belge*, 30 mai 1997) et du 7 décembre 1998 (*Moniteur belge*, 23 décembre 1998). On peut aujourd'hui considérer que la directive est intégralement transcrite dans l'ordre juridique belge.

Cette intervention du législateur s'est-elle traduite par un renouveau ou un accroissement de la jurisprudence? Quelles applications les juges nationaux font-ils des dispositions sanctionnant les clauses abusives et, à travers celles-ci, de la directive européenne? Comment mesurer par ailleurs l'impact de ces dispositions nouvelles sur la pratique des clauses abusives? Tel est l'objet du présent rapport.

## Un bref rappel de la situation antérieure à 1991

2. Avant l'introduction dans la loi du 14 juillet 1991 d'un chapitre consacré aux clauses abusives, la question n'était guère traitée de manière générale et complète par le droit belge. La pratique, si elle commençait à retenir l'attention de la doctrine, n'amenait pas davantage les groupes d'intérêt à se réunir pour prendre des initiatives en la matière.

Les interventions du législateur étaient restées limitées à quelques contrats particuliers — crédit à la consommation, organisation et vente de voyages, construction immobilière, assurance, vente de véhicules neufs — et, au sein de ceux-ci, à quelques clauses particulières. Les dispositions à vocation large ou horizontale réglementant la présence d'une clause déterminée dans l'ensemble des transactions conclues avec des consommateurs restent rares. Elles concernent principalement la clause portant augmentation de la créance en raison d'une réclamation en justice (interdite par l'article 1023 du code judiciaire) ou la clause supprimant



la faculté pour le débiteur de demander au juge l'octroi de délais de grâce pour s'exécuter (contraire à l'article 1244 du code civil). De telles clauses ont disparu depuis.

Dans les réglementations verticales adoptées, le but premier du législateur a été de protéger la réalité et la qualité du consentement du consommateur, notamment en renforçant le formalisme du contrat, en accroissant l'information précontractuelle du candidat contractant et en introduisant le mécanisme du délai de réflexion ou de l'offre préalable obligatoire. L'information du consommateur est préférée à sa protection.

3. Les initiatives de normalisation volontaire des conditions générales des contrats allant au-delà de la rédaction de contrats types par les professionnels, sont tout aussi exceptionnelles.

Les quelques initiatives prises restent unilatérales — adoption par les professionnels de codes de conduite contenant des dispositions relatives à la conclusion et à l'exécution des contrats, rédaction de contrats types par l'organisation de consommateurs, Test-Achats — et rarement bilatérales — voyez, comme exemple d'une telle exception, l'initiative prise en 1987 par le ministre de l'environnement, de la vie rurale et de l'eau de la Région wallonne de provoquer une négociation collective qui, placée sous la conduite d'un médiateur extérieur, regroupera des représentants des sociétés de distribution de l'eau en Région wallonne et des représentants des organisations de consommateurs et aboutira à la rédaction d'un règlement uniforme pour la distribution de l'eau en Wallonie.

4. L'essentiel de ce qui a été fait jusqu'au début des années 90 le fut donc en Belgique à l'initiative des tribunaux.

Trois techniques principales furent ainsi développées par les cours et tribunaux qui vont avoir un impact direct sur le traitement des conditions générales des contrats proposés aux consommateurs:

- le renforcement des conditions de validité du consentement du contractant (obligation précontractuelle de renseignements, exigence d'une prise de connaissance effective par le contractant des termes du contrat, exigences relatives à la présentation matérielle du contrat et de ses clauses);
- l'interprétation des contrats en faveur de la partie la plus faible ou à l'encontre de celui qui a stipulé (*contra proferentem*);
- le recours à des modes de contrôle abstrait ou à des normes générales tirées des principes généraux du droit des obligations, tels que la bonne foi (par exemple, à propos des clauses exonératoires ou limitatives de la garantie), l'abus de droit (par exemple, à propos des clauses permettant la suspension de la distribution du gaz, d'eau ou d'électricité en cas de non-paiement de ses factures par l'utilisateur) ou la lésion qualifiée.

Il reste que l'action des cours et des tribunaux, aussi louable soit-elle, connaît des limites, naturelles pourrions-nous dire, qui la rendent bien peu efficace:

- si elle aboutit exceptionnellement à corriger une situation manifestement abusive par une intervention directe sur les termes mêmes de la relation liant le consommateur à l'entreprise, l'action des cours et des tribunaux est le plus souvent marquée du souci prioritaire de sauvegarder le principe de l'autonomie des volontés des parties grâce à un accroissement du flux informationnel dans la relation et à la protection du consentement du contractant; les sanctions portant sur le caractère abusif des clauses du contrat elles-mêmes restent rares; l'information du consommateur l'emporte, ici également, sur la protection du consommateur;
- le contrôle judiciaire reste marqué par la diversité des fondements et des moyens et est naturellement lié à la propension du juge de faire œuvre nouvelle ou «politique» en la

matière, autant de sources d'incertitude et d'insécurité juridique qui en diminuent inévitablement l'effet préventif potentiel;

- enfin, et c'est une évidence, le contrôle judiciaire ne bénéficiera qu'à celui ou à ceux qui ont les moyens d'y faire appel et on connaît les obstacles qui privent le consommateur individuel d'un accès effectif aux tribunaux;
- on ajoute que l'action en cessation, rendue accessible aux organisations de consommateurs par la législation belge dès 1971 pour une série de matières relevant des pratiques du commerce (et principalement la publicité), n'est pas, à l'époque, un recours ouvert dans l'hypothèse de clauses abusives dans les contrats.

### **L'impact de l'adoption de la loi du 14 juillet 1991 et de ses révisions ultérieures sur la jurisprudence des tribunaux belges**

5. L'examen des clauses répertoriées dans la banque de données CLAB pour la Belgique révèle que, tout d'abord, *il est fait extrêmement peu usage de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (LPC)* en tant que telle pour fonder les recours traités par les tribunaux.

Les décisions sanctionnant des clauses abusives et basées sur la LPC sont peu fréquentes.

Les juges optent plutôt pour le recours soit aux principes généraux du droit (tels que les principes de la bonne foi, de l'abus de droit, de la lésion qualifiée, du «*non adimpleti contractus*»...), et donc aux articles de base du code civil (articles 6, 1134, 1152...), soit à des lois particulières contenant des dispositions visant à sanctionner les clauses abusives.

Une législation particulière dont il est fait grand usage est la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation.

L'observation est particulièrement singulière à propos des clauses pénales. Visées par l'article 32.21 de la loi du 14 juillet 1991, elles restent sanctionnées sur la base soit de l'article 90, douzième alinéa, de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation — lequel permet au juge de réduire une clause pénale qu'il juge excessive —, soit de l'article 6 du code civil sur la base de l'enseignement traditionnel de la Cour de cassation selon lequel seul le caractère indemnitaire de la clause pénale peut être admis.

La loi sur les pratiques du commerce ne rencontre donc pas souvent les faveurs des avocats et des juges. Sans doute est-ce dû à un manque d'information, mais aussi à un réflexe traditionnel et conservateur du monde judiciaire qui préfère recourir à des concepts connus et déjà utilisés avant l'explosion récente, en Belgique, des législations visant à protéger le consommateur.

6. En second lieu, l'analyse de la jurisprudence récoltée révèle qu'une grande partie des décisions basées sur la LPC et utilisant explicitement la notion de «clause abusive» émane d'un *petit nombre de juges*.

Ces magistrats, pour la plupart juges de paix, rendent à eux seuls 75 % des décisions. Cela conforte l'idée que la LPC (mais aussi, bien que dans une moindre mesure, la loi sur le crédit à la consommation) souffre d'un déficit de publicité vis-à-vis du monde judiciaire.

7. En ce qui concerne les matières ayant fait l'objet de décisions condamnant les clauses abusives, il est frappant de constater que les services financiers et plus particulièrement le *crédit à la consommation*, font l'objet du plus grand nombre de décisions.

Les ventes de voitures (neuves ou d'occasion) et la problématique de la coupure en alimentation dans les services de distribution d'énergie électrique et du gaz font, elles aussi, l'objet d'un certain nombre de décisions.

Quelques rares décisions concernent la présentation des conditions générales au contractant et notamment l'illisibilité des clauses du contrat.

8. Pour ce qui est du type de clauses ayant été considérées comme abusives, la très grande majorité concerne les *clauses pénales* excessives. Cet élément est à mettre en rapport avec les instruments législatifs utilisés et explique (en tout cas partiellement) que les magistrats aient plus facilement recours aux principes généraux du code civil.

Hormis les clauses pénales, les autres clauses le plus fréquemment rencontrées ont trait aux clauses exonératoires ou limitatives de la garantie légale contre les vices cachés, à l'interprétation du contrat et à la fin du contrat (résiliation...).

9. Pour ce qui est des *acteurs* intéressés à agir en justice en matière de clauses abusives, les organisations de consommateurs restent peu présentes, malgré les pouvoirs que leur confère la LPC. On ne relève que de (très) rares actions en cessation introduites par un groupement de défense des consommateurs. Le constat, notons-le, n'est pas propre à la matière des clauses abusives, mais concerne l'ensemble des dispositions de la législation sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.
10. Les décisions relatives aux clauses abusives font peu l'objet de publication dans les revues juridiques belges. Seulement 25 des 80 décisions recensées pour les années 1993 et 1994 ont été publiées. La plupart des décisions restent inédites, ce qui rend le travail d'inventaire fort difficile et aléatoire.

En ce qui concerne les décisions rendues sur la base des lois du 12 juin 1991 (crédit à la consommation) et du 14 juillet 1991 (LPC), le chercheur est aidé par l'obligation que font ces lois au juge de communiquer le texte de toute décision prise sur la base de l'une ou de l'autre de ces deux lois à l'administration, qui est ensuite chargée d'en effectuer le classement.

Le défaut de publication peut s'expliquer par le caractère répétitif et peu novateur des décisions rendues à ce jour dans la matière des clauses abusives.

11. Dans les décisions rendues, il n'est jamais fait allusion au droit communautaire ou au droit comparé.

D'une manière générale, aucune méthodologie particulière ne peut être perçue dans l'appréhension des clauses abusives, sinon celle, fort réductrice, de la référence aux concepts traditionnels du droit civil.

## Conclusions et perspectives

12. Dans l'ensemble, on doit conclure que la jurisprudence sur les clauses abusives en Belgique à ce jour est restée très peu originale et peu développée au regard des potentialités offertes par les initiatives nouvelles du législateur, lesquelles datent pourtant déjà de 1991.

Si l'analyse se fait au départ de la seule action des tribunaux, comme c'est le cas actuellement pour la récolte des informations destinées à la banque de données CLAB, l'impact des dispositions nouvelles sur l'action des juges doit être tenu pour marginal, voire dérisoire.

C'est là tout le fossé qui sépare la protection législative du consommateur de la reconnaissance effective de ses droits nouveaux par l'appareil judiciaire. On connaît les lacunes du droit belge à cet égard: manque de formation réelle des magistrats (et des avocats) aux matières liées au droit de la consommation, absence de procédures simplifiées pour le règlement des petits litiges, refus d'admettre la recevabilité à agir des organisations de consommateurs en réparation des dommages causés à la collectivité des consommateurs ou à plusieurs consommateurs individuels, etc.

Sans des réformes radicales concernant le droit belge de la procédure, on n'est guère optimiste sur les chances de voir la situation évoluer dans un sens plus favorable au consommateur.

13. Il serait certes intéressant de vérifier si le contentieux des clauses abusives — qui apparemment n'atteint pas le monde judiciaire — se trouve porté devant des enceintes non judiciaires de règlement des litiges et, s'il en est ainsi, d'examiner si les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 qui concernent les clauses abusives y reçoivent plus d'attention.

À cet effet, l'insertion dans la banque de données CLAB des «décisions» rendues par les systèmes informels de règlement des litiges de consommation et qui intéressent la matière des clauses abusives devait, selon nous, être proposée.

Aucune étude empirique n'a par ailleurs été réalisée qui permettrait d'évaluer l'impact préventif éventuel des dispositions de la loi, et principalement de sa liste noire, sur la rédaction des conditions générales dans les secteurs professionnels. Force est cependant de constater la persistance de l'emploi de clauses pourtant tenues comme abusives par le législateur depuis 1991. Ainsi en est-il des clauses pénales; ainsi en est-il aussi des clauses exonératoires ou limitatives de la garantie légale.

Un «observatoire des conditions générales des contrats» chargé de récolter le texte des conditions générales appliquées et des contrats types, unilatéralement ou bilatéralement rédigés, disponibles sur le marché pourrait aider à se faire une idée plus claire de la pratique des clauses abusives en Belgique. Ici encore, un élargissement du contenu de la banque de données CLAB est suggéré en vue d'atteindre, par la voie européenne, le résultat souhaité au niveau national.

# The Directive 93/13/EEC, 5 April about unfair terms in consumers contracts: the case of Spain.

*Natalia Morte de Rego,  
EURO-CONSEJEROS, S.L.*

## Foreword

This report has been elaborated to be part of the documents, reports and works that the Health and Consumer Protection DG of the European Commission is preparing for the Conference about the adoption and application of Directive 93/13/EEC, 5 April about unfair terms in consumer contracts, which took place in Brussels on July 1999.

Our personal contribution to that project throughout this report, is based on our five years' experience as a correspondent of the CLAB, which means that all the report is impregnated with a **practical view** of the matter.

The job of collecting jurisprudence for the CLAB has been done by legal experts, and in this sense, all the cases contain the reflex of the legislation in force, which in each case is deeply analysed with a juridical technique. But that is not the only contribution of the CLAB to our knowledge of this matter. The most important part of that contribution when collecting jurisprudence for the CLAB, consists in verifying the application of the directive in Spain, which includes: identification of the decision making bodies and analysis of their methodology; means of control of unfair terms; past, present and future of consumers' rights facing unfair terms; economic sectors involved; identification of types of contracts and types of terms that appear more frequently in this field; and detection of problems of application of national and European law.

This report is a very brief compendium of all the elements exposed above.

To conclude this foreword, we would like to remark that the directive has been adopted in Spain in 1998, that is to say, with a delay of nearly four years, although courts and tribunals applied it before on the basis of the 'direct effect' of European law in the Member States. Law 7/1998, 13 April, of General Conditions in Contracts, has been the instrument of adoption of the directive in Spain. The youthfulness of this law, which has been in force since 4 May 1998, has not given many judicial decisions based on it. However, some practical problems have been already found by different legal experts, such as judges, lawyers, notaries, and the application of the law will surely raise other ones.

## Chapter I

### What was the situation before the adoption of the directive

#### 1. Main actors involved and their respective roles

Within the scope of the Spanish Law 26/1984, 19 July, for the Defence of Consumers and Users (*hereinafter named LDCU*), which was the main and almost the only <sup>(1)</sup> legislation about unfair terms in consumer contracts before the adoption of the directive, there were three main actors involved in the control of unfair terms:

- On one hand, there were **judges**, who carried out an indirect control throughout their faculty of interpretation, and a direct control of the content of the terms throughout their declaration of ineffectiveness of unfair terms on the basis of Article 10.1 (c) and 10.4 of LDCU.
- On the other hand, there was the **public administration**. This possibility was foreseen in Article 3 of the Insurance Contract Law of 1980 (*hereinafter named ICL*). Paragraph 2 of this article, establishes: 'General terms of the contract will be under the control of the public administration, in the way foreseen in law'. LDCU also foresaw this participation of the public administration, but not for all types of terms contained in a standardised contract, just in those performed by public companies or concessionaires of public services when these acted as a monopoly. The role of the public administration in LDCU (Article 10.3) is more intensive than in the ICL, because when these general terms are contained in those contracts under public administration control, they must be approved by the administration.
- Finally, **legislators** also played an important role. They consisted in promoting a special legislation protective of the most weak party of the contract.

#### 2. Existing control instruments

Before the adoption of Directive 93/13/EEC, the Spanish actors involved in this matter could base their decisions, actions, and reasoning about unfair terms in consumer contracts, in the following legislation:

- Spanish Constitution of 1978: Article 51;
- Law 26/1984, 19 July, for the Defence of Consumers and Users: Article 10;
- Insurance contract law of 1980: Article 3;
- Civil Code: Articles 1255, 1261 and 1281 to 1289.

This legislation created the following scope of control instruments.

When there was not a specific legislation about unfair terms in consumer contracts, actors involved in this matter (judges, public administration, lawyers, etc.) based their reasoning in the general rules about contracts contained in the Civil Code, applying a specific methodology for unfair terms when they are contained in consumer contracts, which we will analyse in point 3.

LDCU created what we can call specific models or techniques of control. For the study of this control instruments, law distinguished two different situations:

---

<sup>(1)</sup> Article 3 of the insurance contract law of 1980, was the other legislation about unfair terms.

- (a) Pre-printed general terms — the moment when general terms are written by the professional who works with standard contracts. In this case there takes place an *abstract control*, because we ignore concrete circumstances of the contracting and we can just control what is written. It is a *preventive control*, the terms that are being controlled still have not been used. With this control we protect general interest but not individual ones. This control was used by the public administration, as we have seen in point 1.
- (b) Imposition of general terms: the moment when the professional uses its standard contract with the consumer. In this case there takes place a *concrete control* of the circumstances of each case. It is a *repressive control*, because it acts *a posteriori*. This control was used by courts when an individual who is legitimate to bring a judicial action, brings a concrete term to the Court.

Article 10 of LDCU, contains two techniques of control:

- (a) Inclusion control (it is the control of consent): It tends to tide that terms fulfil certain minimum requirements (clearness, simplicity, etc.) to be part of the contract (Article 10, paragraph 1, points (a) and (b) of LDCU). If terms do not pass this control they are not part of the contract as a sanction, they are considered as 'non-established'.
- (b) Control of the content — This means that terms have to be equitable, in accordance with good faith <sup>(2)</sup> and right balance of the mutual obligations. This control can be made on the basis of general principles or on the basis of a list of unfair terms. Article 10, paragraph 1, point (c), number 1 to 12 of LDCU, contains an open list of unfair terms. The majority of the doctrine consider that it is a grey list, because the terms contained in the list are not always unfair, their unfairness has to be considered in the concrete case. Paragraph 4 of Article 10 of LDCU declares that the sanction for this term is nullity. This nullity is not declared by judges, who just have to solve the doubt of their validity, or the impossibility of ratifying them by the course of time. This nullity affects to the term but not to the whole contract.

As we can see, the Spanish legislator of LDCU of 1984, chose a control system that only protected contractual relations when they contained special elements, instead of stating a general system to control any kind of contracts in which the consumer did not have freedom to trade (this is the case of a law for general terms).

### 3. Methodology

Directive 93/13/EEC, 5 April, was a legal reference for the Spanish High Court not only before its transposition to the Spanish law, but also before the expiration of the date to transpose it. An example of this is: High Court decision of 27 July 1993 and of 20 July 1994.

After the expiration of the date in which the directive had to be transposed to Spanish law <sup>(3)</sup>, but it was not, the High Court applied it on the basis of the *direct effect* that European law has in our country. The most important decision of the High Court, based on the application of Directive 93/13/EEC, and has been the reference of the subsequent decisions is **High Court decision of 12 July 1996**.

Before LDCU, courts and tribunals on the basis of their faculty of interpretation, used the general rules of interpretation of contracts contained in Articles 1281 to 1289 of the Civil Code. Courts and tribunals found that law marked contractual relations in which the free and consciously expressed will of the contractual parties engendered a rule called *inter partes*, contained in Article 1255 of the Civil Code, and that there were other contractual relations in which the will of the parties is irrelevant and therefore this rule does not exist and does not

<sup>(2)</sup> The principle of 'good faith' raises big problems of interpretation, because it is an indeterminate concept.

<sup>(3)</sup> That was, before 31 December 1994.

produce any juridical effects. The labour of judges is to find out this will, freely expressed, in order to conserve contractual relations. But the rules contained in Articles 1281 to 1289 of the Civil Code are based on the existence of a contract, which has to be a consequence of a communal and free will of the contractual parties who, at the same time, must have an equal position, and this does not exist in those contracts that contain unfair terms for consumers. In those days, jurisprudence was based on this criterion, especially on the rule contained in Article 1288 of the Civil Code named *contra stipulatorem*, and this way they made an indirect control of unfair terms, solving doubts about the meaning of the terms in the most favourable way for the most weak party of the contract, or giving pre-eminence to special terms over general terms, or even preferring terms written by hand to those which were printed.

With LDCU <sup>(4)</sup>, judges found a specific criterion of interpretation, contained in paragraph 2 of Article 10, which established: 'Doubts of interpretation will be solved against the contractual party that wrote them, giving pre-eminence to special terms over general ones, if those are more favourable'. This way, LDCU collected the rules contained in Articles 1281 to 1289 of the Civil Code and the Jurisprudence criterion. Judges could also base their decisions, as a control instrument, on *valve concepts* (Generalklausen), such as **good faith, abuse of right, public order or equity**, among others. They are indeterminate juridical concepts formally declared by the legislator but not defined, that have a very important role to face unfair terms. Judges paid special attention in their decisions to this general principle called *contra proferentem* or *contra stipulatorem*, contained in paragraph 2 of Article 10 of LDCU.

#### 4. Sectors of activity and types of contracts

The sectors of activity and types of contracts that are most concerned by unfair terms control procedures have not changed very much over the last 15 years, except for those affected by new models of contracting or by new technologies used in contracting. For this reason we analyse sectors and types of contracts involved in Chapter II, point 4, to which we refer you.

#### 5. Types of terms

As we have seen in point 4, regarding types of contracts and sectors of activity, types of terms have not changed very much over the last 15 years either. For this reason we analyse types of terms more frequently contested in the framework of actions of control of unfair terms in Chapter II, point 5, to which we refer you.

#### 6. Legal and practical problems

LDCU has been deeply criticised by doctrine. There were some legal problems in that law concerned its juridical technique, and at the same time caused practical problems for judges and other instances, in the defence of consumers' rights against unfair terms.

The LDCU was an answer to the *Toxic Syndrome* that caused lots of victims in our country due to the sale of adulterated oil. For that reason it had a big political influence in its elaboration, which raises technical problems. The elaboration of the law was in charge of a commission that pertained to the Ministry of Public Health and Consumption, and the Ministry of Justice did not have any participation.

Some of the legal and practical problems were the following.

1. When Article 10 of LDCU defines the application scope of the regulation of unfair terms, it mentions *offers, promotion and sales* of products or services, which can be contained in a written contract or not, but when paragraph 2 of the same article defines the sense of 'terms' for the law, it just allows terms that are contained in written contracts.

<sup>(4)</sup> LDCU was approved in Spain after a dramatic case named *The Toxic Syndrome* in the 1980s, also known as *Colza Oil Case*.



2. The 'grey' list of unfair terms contained in Article 10 of LDCU pretends to give a 'guide' to the consumers and at the same time it pretends to persuade professionals to use those terms, but it has not been so in real practice. The list is heterogeneous and has a lack of exactness and coherence, which made it almost ineffective.
3. Paragraph 2 of Article 10 states that a term will be considered a general term when it is contained in all the contracts that an enterprise performs. This defective definition meant that if a term is only contained in certain kind of contracts but not in all the contracts that an enterprise performs, that term will be out of the scope of the definition of 'general term'. This legal error was corrected by jurisprudence in the application of law.
4. The definition of 'general term' contained in paragraph 2 of Article 10 of LDCU also established that the consumer must have been obliged to sign the contract with that term if he wanted that concrete good or that concrete service. That was as much as requiring a monopoly on the part of the professional. Doctrine and jurisprudence corrected this error.
5. Some authors conclude that LDCU created a confusion between 'general term' and 'unfair term'. All the actors involved have talked about this matter at length. One of the biggest problems that LDCU generated was that it was considered to contain unfair terms but that general terms did not have a specific regulation (whether they were fair or unfair).

## Chapter II

### Changes which have been observed following the adoption of the directive, deriving directly or not from it

#### 1. Main actors involved and their respective roles

Directive 93/13/EEC, 5 April, has been transposed to Spanish legislation through Law 7/1998, 13 April about General Terms in Contracts (*hereinafter named LGTC*), which is in force since 4 May, 1998, in the framework of the programme 1996–2000 of the Ministry of Justice.

The main actors involved in the elaboration of this law have been:

1. **Politicians:** throughout the General Legislative Commission
2. **Public administration bodies:** throughout the State Council which made two reports, number 2939, 10 October 1996 and number 3194, 24 July 1997.

Its contributions, among others, were:

- they recommended to elaborate a law about General Terms in Contracts;
- the necessity of creating a public register of general terms, which will pertain to one of the public registers that already exist;
- They recognised the competence of the central administration for the transposition of Directive 93/13/EEC;
- They elaborated the study of the 'collective judicial action' to High Court and the concept of 'unfair term'.

3. **Judges:** throughout The General Council of the Judicial Power, which made a report dated 20 December, 1995.

Its contributions, among others, were:

- the necessity of creating a public register for general terms in order for the consumers to know them and act against them if it is necessary;
- the introduction of a 'redemption judicial action' and the obligation to accumulate all the judicial procedures with the same object, as well as the reinforcement of the judicial control of general terms giving an *ultra partes* effect to final judicial decisions in those procedures about cessation or redemption actions;
- they recommended the introduction of a conciliator administrative decision body, with no jurisdiction to promote agreements about the content of the terms.

4. **Consumers:** Throughout the Advisory Council of Consumers, which made a report dated 24 February, 1997.

Its contributions, among others, were:

- giving an *ultra partes* effect to judicial final decisions in order to avoid useless and divergent procedures;
- giving judges more power to appreciate their territorial competence and the nullity of certain terms;
- they agreed with the necessity of creating a public register of general terms, but they warned that if the registration of general terms in this register was not going to be oblig-

atory, it will lose its effectiveness, for this reason, the registration ought to be obligatory.

5. **Professionals:** throughout the General Council of Chambers of Commerce, Industry and Navigation.

Its contribution, among others, was:

- they recommended to create a public register of general terms.
6. **Other juridical experts:** notaries, registers, lawyers. They have contributed with numerous reports and conferences about different aspects of the law such as:
    - the role of notaries as juridical experts and authors of the contracts contained in public deeds, in the signing of contracts with general terms: they have to analyse if general terms can be part of the contract, they have to warn about the rules of interpretation and the exclusion of null terms, they have to write down the terms clearly and easily, with transparency and concretion. All that in accordance with the principle of voluntary fulfilment of contractual obligations and action of rights. They have got the duty of giving information to the consumers about what they are going to sign, and they have got the faculty of refusing to sign a contract that contains non-legal terms.
    - The role of registers, as juridical experts and authors of the registrations done in their register, is to examine the validity of contracts and the registrable terms and at the same time to give information of what is registered in their register.
    - Commercial notaries have the possibility of giving information to consumers but contrary to notaries, this faculty is not a duty for them, because the kind of contracts in which they take part are always commercial ones.

## 2. Existing control instruments

As we have seen, the Spanish legislator chose a law for general terms in contracts as the suitable instrument to transpose the Directive 93/13/EEC, instead of transposing it by a modification of the general law for the defence of consumers and users, although this new law contains modifications of the LDCU. Due to the influence of Directive 93/13/EEC, we can find the following new control instruments.

The modification of the LDCU affects, among other things, to the following control instruments:

1. On one hand, the modification of Article 2.1(b) of LDCU raises the protection of consumers against unfair terms, to the condition of a *general principle*. On the other hand, the new Article 10 of LDCU contains the concretion of that general principle, and it collects the concept of 'unfair term' contained in the directive. Derived from both articles, we have found new control instruments.
  - Notaries and registers have the duty of denying the performance or the registration of those contracts which contain terms that have already been declared as unfair by a judicial decision which has been registered in the Register of general terms. At the same time, these experts have the duty of giving information to consumers about those contracts in which they participate as experts.

The rest of the new control instruments are contained in LGTC:

2. Final judicial decisions registered in the Register of general terms, have effect not only between the parties of the trial but *erga omnes* and *ultra partes*, that is to say, anyone can invoke them in Spanish courts and in any other Spanish instances.
3. Together with the individual actions that can claim the declaration of nullity of a term or the declaration that they are not part of the contract in which they are contained, one of the

most important novelties of law are the 'collective actions' <sup>(5)</sup> of cessation, redemption or declaration, which can be brought to Court simultaneously. These actions can be brought by professional communities or associations, consumers associations, Chambers of Commerce, National Institute of Consumption, public bodies and by the Public Prosecutor. The declarative action is not prescriptable.

- The cessation action is for obliging the professional to eliminate a certain term from his contracts, and to avoid him to use it in the future.
- The redemption action is for avoiding the professional of offering or recommending a certain term which has already been declared as unfair.
- The declarative action is for obtaining a judicial declaration about whether a term is a 'general term' and for registering it in the Register of general terms.

The law declares the possibility for the parties of taking a conciliatory administrative procedure, before bringing collective actions.

4. Decisions of the High Court bind all judges and courts if they have a trial about the same term and with the same professional that was party of the trial in the High Court.
5. Final judicial decisions can be published in the Official Journal of the Commercial Register and in one of the most important newspapers of the State.
6. The Ministry of Justice can put administrative sanctions if a general term is not registered in the register. The public administration can impose fines to professionals. This fine will consist in the payment of an amount double the amount of the contract, depending on the turnover of the companies, number of people affected and time during which the term has been used.
7. It creates a register of general terms. The inscription of terms in it is not obligatory, but the government has the faculty of obliging certain economic sectors to register their general terms. Individual and collective actions can be preventively registered. Only those judicial decisions that are favourable to the actor, but not the rest, are registrable. It can be inscribed by the persistence in the use of terms that have already been declared null by a judicial decision.
8. All the procedures derived from collective actions can be taken to High Court.

### 3. Methodology

Spain has not got a precedent of legislation about general terms in contracts. For this reason, comparative law has been a very useful instrument for the elaboration of LGTC. Concretely, the comparative law that has mainly been taken into account is the following:

- German law, dated 1976 of general terms in contracts.
- Portuguese law.
- Italian Civil Code: those rules contained in the code about general terms.
- Israelite law, dated 1964, about standardised contracts.
- Swedish law, dated 1971, about the ban on contractual terms which are unsuitable or excessive.
- Mexican law, dated 1975.
- Finnish law, dated 1978.
- Austrian law, dated 1979.

<sup>(5)</sup> This novelty is a direct influence of Article 7 of Directive 93/13/EEC.

In the framework of the Spanish legislation, the reports for the elaboration of the insurance contract law, dated 8 October 1980, have also been of importance, especially its Article 3, which contains the rules for general terms in the field of insurance.

Spanish legislation on general terms, gives protection not only to consumers but also to anyone (including professionals) that signs contracts with general terms. This is a new model of protection, much wider than the one contained in LDCU, which is still in force as special legislation (with those modifications introduced by LGTC), for those contractual relations in which one of the parties is a consumer. This means that the applicable legislation about unfair terms in consumers' contracts is either LDCU and LGTC. The concept 'unfair term' is only applicable in the field of consumers <sup>(6)</sup>.

The new model of methodology for protecting consumers against unfair terms, as we have seen, is based on two main general principles, developed throughout concrete rules or techniques of protection. These principles are the following.

- (a) The reinforcement of the information given to consumers: this is referred not only to the contractual information that has to be given to consumers, but also to the duty of certain instances of giving information to consumers. The lack of information of the consumers about their rights, that at the same time provoked the lack of consciousness about consumption as a legal matter, has always been an obstacle for the effectiveness of protective legislation in this field.
- (b) Directly derived from the importance of information in this field, the second main principle of the new protection model is the modification of judicial procedures and rules. This modification tends to be a useful instrument for the practical application and effectiveness of the declarative legislation. The role of judges is of most importance, the role of non-judicial instances for the resolution of problems, and of course, the role of notaries and registers in the prevention of non-legal practices. This new model tends to bring the citizen together to legislation and judges (e.g. the creation of collective actions).

#### 4. Sectors of activity and types of contracts

The economical sectors of activity and types of contracts most concerned by unfair terms control procedures have not changed very much in the last 15 years, except for those derived from new technologies <sup>(7)</sup> and new models of contracting <sup>(8)</sup>.

In this point we are going to expound those sectors and types of contracts, that according to our five years' experience working for the CLAB and to some studies of the public administration about consumption <sup>(9)</sup>, are mainly involved:

- A. Economical sectors of activity involved (in order of number of trials in which they appear):
  - financial services
  - insurance
  - real estates
  - basic services

<sup>(6)</sup> In my opinion this is a direct influence of the directive. 'Unfair term' is a juridical concept with self-meaning, in European and Spanish Law.

<sup>(7)</sup> E.g. computer sales, new banking products, etc.

<sup>(8)</sup> E.g. time-sharing, etc.

<sup>(9)</sup> This information does not mean *in any case*, that these economical sectors are the ones which more frequently use unfair terms in their contracts. We have to take into account that there are other sectors that use unfair terms more frequently but they are not taken to court, sometimes because they do not affect to many people and other times because the amount of the contract is so small that consumers refuse to litigate.

- 'white goods' and 'brown goods'
  - cars
  - tourism services
  - distance and doors step-sales
  - education services
  - transport services.
- B. Types of contracts involved:
- Financial services:**
- bank account contracts
  - credit cards contracts
  - mortgage credit contracts
  - consumer credit contracts
  - leasing.
- Insurance:**
- car insurance
  - housing insurance
  - life/health insurance
  - liability insurance.
- Real estates:**
- maintenance services of elevators of real estates
  - real estates sales.
- Basic services:**
- telephone contracts
  - electricity contracts
  - gas contracts.
- 'White goods' and 'brown goods':**
- 'white goods' sales
  - T.V. and video sales
- Cars:**
- parking services
- Tourism services:**
- time-sharing
  - package trips
- Distance and door-step sales:**
- books and courses of foreign languages sales
  - other products sales
- Education services:**
- trips for learning foreign languages
- Transport services:**
- urgent transport services.

## 5. Types of terms

Types of terms have neither changed very much for the last fifteen years, except for those

derived from modifications in the legislation <sup>(10)</sup> and new models of contracting <sup>(11)</sup>. The ones that are more frequently concerned, are:

**Financial services**

**Bank account contracts:**

- terms about delay interests;
- obscure terms about applicable rates of interests;
- terms with non-justified banking fees;
- terms that contain references to documents that are not given to the client when contracting;
- terms that establish the faculty of the bank to compensate account balances of the same client;
- jurisdiction submission terms.

**Credit cards contracts:**

- terms that establish the total exclusion of liability of the Bank in the case of loss or theft of the credit card;
- terms with non-justified banking fees;
- unfair interests rates;
- terms that oblige the client to give his acceptance when signing the contract, to all types of inputs and outputs done with his authorisation or not;
- terms that establish the faculty of the bank to cancel the account of the client to which the credit card is referred if the balance of this account is zero, with no obligation of communicating the cancellation to the client in advance.

**Mortgage credit contracts:**

- unfair rates of interests;
- terms that establish the faculty of the bank of resolving the contract in advance unilaterally in the case of non-payment of any of the shares.

**Consumer credit contracts:**

- unfair interest rates;
- terms that contain references to documents that are not given to the client when contracting.

**Leasing:**

- terms that establish the faculty of the financial entity to resolve the contract in advance unilaterally in the case of non-payment of any of the shares, obliging the client to pay the rest of the shares in the moment of resolution;
- unfair delay interests.

**Insurance**

- Car insurance:
  - terms that establish the total exclusion of liability of the insurance company in certain cases, without the express acceptance of the insured;
  - limiting terms (e.g. limiting the insured driver, exclusion of certain family members of the insured, etc.);
- terms that establish the unilateral prorogation of the contract by only will of the insurance company.

<sup>(10)</sup> E.g. jurisdiction submission terms, professional liability, etc.

<sup>(11)</sup> E.g. time-sharing, electronic contracting, etc.

**Housing insurance:**

- terms that establish the total exclusion of liability of the insurance company in certain cases, without the express acceptance of the insured;

**Life/health insurance:**

- terms that establish the total exclusion of liability of the insurance company in certain cases, without the express acceptance of the insured.

**Liability insurance:**

- limiting terms that are not expressly accepted by the insured.

**Real estates**

- maintenance services of elevators of real estates;
- excessive duration of the contract;
- obligation imposed to the client to submit itself (owners association) to the jurisdiction of the courts of the domicile of the company;
- prorogation of the contract unilaterally decided by the company;
- faculty of the company of resolving the contract unilaterally in the case of non-payment of any of the shares.

**Real estates sales:**

- terms imposing the consumer-buyer to accept the rules of the real estate without knowing them.

**Basic services**

- telephone contracts;
- faculty of the company to resolve the contract unilaterally without communication; to the client in advance, in the case of non-payment.
- obliging the client to buy a telephone machine if he wanted the telephone service;
- unfair way of prorogation of the contract;
- large references to laws and documents that rule the contract and that are not given to the client when contracting.

**Electricity and gas contracts:**

- faculty of the company to resolve the contract unilaterally without communication to the client in advance, in the case of non-payment;
- unfair way of prorogation of the contract;
- obligations imposed to the consumer that are obligations of the professional (e.g. paying special fees);
- lack of clearness in the contract. It contains a large number of terms but it is written in one blue transparent paper, for that reason, the wording is so small that the consumer can not read it.
- 'white goods' and 'brown goods':
- **'white goods' sales:**
- non-legal period of guarantee.

**T.V. and video sales:**

- non-legal period of guarantee.

**Cars**

- parking services:
- total exclusion of the parking company's liability in the case of damages in the car or in the things left in it.



**Tourism services**

- time-sharing;
- terms obliging the consumer to litigate in the courts of the company's domicile.
- package trips;
- terms obliging the client to accept all the general terms that are not written in the concrete contract;
- terms obliging the consumer to present evidences in court in the case of a trial, when this obligation is of the company and therefore it limits the access to justice for the consumer.

**Distance and door-to-door sales**

- books and learning courses sales;
- non-legal guarantee period;
- terms obliging the consumer to litigate in the courts of the domicile of the company;
- other products sales.

**Education services**

- trips for learning languages;
- lack of information for the consumer that signs the contract accepting terms that he does not know.

**Transport services**

- urgent transport services;
- total exclusion of liability of the company in the case of loss or damages in the transported objects.

**6. Legal and practical problems**

As we have already mention in the foreword, the youthfulness of the LGTC, that transposes Directive 93/13/EEC, means that there is neither much jurisprudence nor trials about it. In spite of this difficulty, some legal and practical problems have already been detected by juridical experts. Some of the most important ones are the following.

- There is a big delay in the creation of the Register of general terms. This register is not working yet.
- The legal regulation about the new 'redemption action' created by LGTC: this action is for obliging the 'defendant' (this is the first problem, because law does not says if this is applicable whether if he is a professional or not), not to recommend general terms that are 'considered' unfair (here is the second problem: what does the word 'considered' means? Must there be a judicial decision or not?), and to prevent him of using these terms in the future.
- Administrative sanctions are scarcely regulated. Contrary to the implementation of procedure rules, the new regulation about unfair terms does not contain effective administrative sanctions. This is directly influenced by the implementation of the role of judges.
- The registration of general terms in the Register of general terms is not obligatory, except those that are registered by a judicial order. This rests effectiveness to the register.

## Chapter III

### What are the main tendencies and implementation problems currently being discussed at national level

#### 1. Main actors involved and their respective role

The new legislation on unfair terms has given a very important role to **judges** in the decisions about unfair terms. This role has been introduced by the elimination of difficulties for consumers to litigate, and by the deep regulation of judicial procedures and actions that are special for general terms. If this is effective, there will be a big increase in the number of trials.

**Professionals' and consumers' associations** can bring judicial actions to courts, in this sense they are legitimate to defend consumers' rights for what they have never been legitimated before, in this sense, their role has been reinforced.

The **public administration** can fine professionals if they use unfair terms, but there is not a special procedure for that in law and the regulation of this sanction is very scarce.

The role of the **High Court** has also been improved, because any collective action can be brought to High Court, with no limit in the amount of the trial.

The very important role of giving sufficient information to consumers when they are contracting is going to be developed by **notaries and registers**, who are juridical experts.

#### 2. Existing control instruments

There is not enough practical experience after the transposition of the directive in Spain, to know if the new control instruments are efficient or not. The only problem that has already been detected is the short regulation of administrative control instruments.

#### 3. Methodology

The analysis of judicial decisions taken after 4 May 1998, raises the criterion of judges, since the transposition of the directive is based on the following principles and legislation.

- The principle of the *pre-eminence of special terms over general ones* is constantly quoted in judicial decisions.
- If limiting terms are not expressly accepted by the consumer, they are not part of the contract.
- The principle of the most favourable interpretation for the consumer is the basis of the faculty of interpretation of judges.
- Courts still apply LDCU as special legislation in this matter, which is in force with the modifications introduced by LGTC.
- LGTC is in force since 4 May 1998, and the High Court bases its decisions on this legislation, if it is the case, since that precise day.
- Courts give the definition of 'standardised contracts' and of 'unfair terms' in their decisions, in accordance with what the new legislation establishes about them. This way, they can become 'juridical concepts with self-meaning' and this will be of great help for consumers to litigate.

- The High Court makes a difference between the freedom of signing a contract (that is to say, to buy goods or contract a service) and the freedom in contracting, which is referred to the lack of freedom that the consumer suffers when he signs standardised contracts.
- Courts quote as applicable legislation: the Directive 93/13/EEC, LGTC and LDCU, in order to give the reasoning of one case.
- Courts still base their decisions on Article 3 of the ICL, as special legislation.
- Terms about submission to the jurisdiction of the courts of the professional domicile, contained in standardised contracts, are null.
- Article 3 of Directive 93/13/EEC is of great importance for judicial reasoning.

#### **4. Sectors of activity and types of contracts**

This matter has been analysed in point 4 of Chapter II, to which we refer you.

#### **5. Types of terms**

This matter has been analysed in point 4 of Chapter II, to which we refer you.

#### **6. Legal and practical problems**

Finally, we will try to give the range of the most recent legal and practical problems that are being discussed today in our country.

- Some experts state that the transposition of the directive throughout a law about general terms, creates a much more complex scope of applicable legislation <sup>(12)</sup>, that can provoke problems about knowing the relevant applicable law. This complexity is clear, for example, in the double but parallel regulation of 'general term' versus 'unfair term'.
- Apparently, law tries to say (or even says) that if an unfair term is used by a professional, we must analyse whether that term is also a general term or not. This theoretical exposition can rarely be practical. When can we find a professional using and imposing to a consumer an unfair term that is not contained in a contract that he has already written in advance, that is to say, an standardised contract?.
- The new legislation establishes that the decisions of High Court favourable to declarative, redemption or cessation collective actions will bind to all the judges that in the future solve trials about the same terms and in which one of the parties is the same professional.

Some experts state that this rule is contrary to the Spanish Constitution. 'This rule pretends to be a direct influence of the directive that obliges the Member States to create adequate and effective instruments to avoid the use of unfair terms, and especially throughout collective actions, but it does not fulfil that principle because it is not in accordance with the Spanish legislation, and the directive states the harmonisation with the national legislation'. The directive does not pre-judge which are the instruments that the Member States must create for that purpose.

The worry of the Spanish legislator about the possibility of professionals using unfair terms that have already been declared so, is the basis of giving to High Court decisions that enormous power. But Article 117.1 of the Spanish Constitution says that judges and tribunals are exclusively submitted to law when taking their decisions. Judges are independent, and they cannot be bound when they interpret the law. This is precisely one of the most important differences between the Anglo-Saxon and the Continental judicial systems. This does not mean, of course, that judges do not pay attention to those decisions of superior courts and, especially to High

---

<sup>(12)</sup> Some of this experts call it 'legislative schizophrenia'.

Court decisions, in their work, that are a basic and useful instrument, but there are special procedures if there is jurisprudence about any matter, to bring an action based on that. This is the appeal to High Court.

- The declarative action is also criticised. This action is in favour of a judicial decision declaring that a term is a 'general term' and therefore register it in the Register of public terms, but it has no other practical effect, except for the interruption of the prescription period to bring cessation and redemption collective actions.
- The redemption-collective action is in favour of a judicial decision obliging a professional not to recommend the use of certain terms that could be null, but, will there ever be a possibility of finding a professional doing that?
- Other new control instruments turn to be ineffective. For example, law foresees the possibility of registering in the Register of general conditions the 'persistence' of a professional in the use of a term that has already been declared as unfair. If this happens, it will be a non-fulfilment of a judicial decision, and as so, it has its own judicial procedure.

# Implementation of Directive 93/13/EEC in Sweden

*Peter Dyer*  
*Advokatfirman Foyen & Co*

## I. Introduction

Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts was complied with by Sweden through the enactment of the Consumer Contract Terms Act (1994:1512) <sup>(1)</sup>. This act replaced the 1971 Consumer Contract Terms Act, which had a similar content with respect to preventive action against unfair terms. A basis for individual action already existed in the form of Section 36 of the Contracts Act (1915:218). Thus, to a large extent, Swedish legislation already complied with the directive. However, some changes were necessary, and I will in the following treat some of those changes and other notable aspects of the implementation in Sweden.

---

<sup>(1)</sup> Minor alterations were also made in the Contracts Act (1915:218) and the Market Court Act (1970:417).

## II. The situation before the directive

Swedish consumer protection relating to unfair terms has since the early 1970s rested on two separate pillars — civil (private) law and marketing law.

### Civil law

In the field of civil law, unfair terms are regulated by the Contracts Act (1915:218), Section 36. Traditionally, Swedish contract law has been very much based on the notion of freedom of contract, the assumption having been that both parties to a contract are socially and economically equal. However, considerable limitations have been imposed on this freedom of contract in the past decades. Between 1971 and 1977 the Swedish parliament, (*Riksdag*) enacted the Door-to-Door Sales Act (1971:238), the Consumer Sales Act (1973:877) and the Consumer Credit Act (1977:981) <sup>(2)</sup>. This development has continued with enactment of other laws regulating specific areas of consumer activity.

Before 1976, general protection against *unfair terms* was to some extent offered by interpretation by analogy of a provision in the Promissory Note Act (1936:81). Also, the courts had over a long period of time developed certain techniques to limit the effects of unfair standard-form contracts, e.g. strict criteria for the standard form to be considered incorporated into the parties' agreement. However, in 1976, a new Section 36 was created in the Contracts Act. The new provision, which was a considerable reform, enabled the courts to set aside or alter any contract term which was considered unfair with regard to the contents of the contract, the circumstances surrounding the conclusion of the contract, later events or other circumstances. Save for some minor alterations, Section 36 applies unchanged as per today. Although not limited to *consumer relations*, Section 36 specifically provides that special consideration is to be paid to the need for protection for a party who, in the capacity of a consumer or otherwise, has an inferior position in the contractual relationship.

### Marketing law

Although important in individual cases, Section 36 of the Contracts Act and the earlier legal techniques used by the courts to bar unfair terms have not alone been sufficient to produce better general standards with regard to consumer contracts terms. There has in addition been a need for *preventive action*, prohibiting the future use of unfair terms by suppliers. The basis for such action was established by the Consumer Contract Terms Act (1971:112). This act, which at the time was a legislative novelty also on the international scene, was centered on a general clause (Section 1) providing that where a term in a consumer contract, with regard to the price and other circumstances, was unfair, the Market Court could prohibit the further use of the term. Such decisions have normally been combined with conditional fines, becoming payable in case of breach of the court's decision.

### The main actors and their respective roles

The *courts* hear individual cases based on Section 36 of the Contracts Act. District Court cases (first instance) are not reported, and it is difficult to estimate their importance in this context. Most consumer disputes are of limited economic value in relation to the costs of legal representation, a factor which encourages early settlement. Even fewer consumers have the willpower and resources to take their claims to appeal. As a result, the number of precedents is limited, if not insignificant.

---

<sup>(2)</sup> All having subsequently been replaced by later acts; the Door-to-Door Sales Act (1981:1361), the Consumer Sales Act (1990:932) and the Consumer Credit Act (1992:830).

A greater role, at least in the smallest cases, is played by the *National Board for Consumer Complaints*. This is an independent administrative board, which hears consumer complaints against companies or other suppliers of goods or services. The Board's decision is not binding upon the parties. However, most companies adhere to the board's decisions voluntarily. If not, the consumer has the option of taking the case to a regular court.

Of greater importance than the general courts in terms of clearing the market of unfair contract terms is the *Market Court*. This specialised court, established in 1970, delivers preventive judgments only in the form of prohibition orders coupled with conditional fines.

The right to initiate proceedings against a supplier before the Market Court has been conferred upon the Consumer Ombudsman. The Consumer Ombudsman is part of the *Swedish Consumer Agency*, a State agency which acts as a watchdog in relation to all aspects of Swedish consumer affairs. The agency plays an important role in this respect and works especially to ensure that sellers and suppliers abide by the various consumer laws and that consumer rights are respected. An intervention by the Consumer Ombudsman often starts when a consumer makes a complaint, but the Ombudsman can also initiate proceedings by his own initiative. In most cases, suppliers agree to put matters right voluntarily. However, failing agreement, the Ombudsman may bring legal proceedings in the Market Court leading to a prohibition order as described above.

The Consumer Agency also conducts negotiations with companies, organisations and authorities on a regular basis. This is in practice the most important part of the agency's work. The agency's objective in such negotiations is to promote standard-form contracts and other conditions of contract which are satisfactory from the consumers' point of view. By such negotiations, many unfair terms and otherwise unsuitable standard-form contracts are eliminated before they are ever launched in the market. Today, the majority of standard-form contracts used in the consumer market by major companies and organisations are the results of negotiations and approval by the agency. Among the examples are guarantee terms for consumer durables, hire-purchase standard terms and General Conditions for Single-family home Contracts where the buyer is an individual consumer, ABS 95. An effect of these negotiations is that the number of decisions by the Market Court applying the Consumer Contract Terms Act has decreased significantly since the 1970s. The preventive work by the agency is generally considered very efficient in this respect.

### **Types of terms, methodology**

The contract term that has most frequently been considered by the higher courts in individual cases appears to be the arbitration clause. It is now generally held that this type of clause is unfair per se in consumer contracts. Among the other terms which have been considered unfair by the Supreme Court are certain types of forfeit clauses, price index clauses, interest rate variation clauses, liquidated damages clauses and limitation of liability clauses. Compared to the decisions by the Market Court in preventive actions, the reasoning of the Supreme Court is strongly related to the specific circumstances of each case.

Among the contract terms most frequently considered by the Market Court in preventive actions are arbitration clauses, forfeit clauses, limitation of liability clauses, 'entire contract' clauses, clauses restricting the consumer's right to complain of defects and clauses making the contract binding upon the consumer only. A study of the cases decided by the Market Court reveals a certain *method* of testing contract terms. Firstly, if a contract term contradicts any mandatory provision of any civil law, it is, not surprisingly, considered unfair per se. Passing that test, the term will be considered in the light of any relevant provisions of non-mandatory civil law, i.e. provisions which apply unless otherwise agreed by the parties. Such provisions are viewed by the Market Court as a yardstick for the measurement of a term's reasonableness. If the term detracts from any such non-mandatory provision to the detriment of the consumer, and the contract does not provide the consumer with any corresponding benefit, thereby causing an unreasonable imbalance between the parties' respective rights and obligations, the Court will deem the term unfair.

### III. Changes following the implementation of the directive

The task to implement the directive in Sweden has been technically complicated. This is because the directive contains elements of both civil law and market law, two fields which have in Sweden previously been separated in different statutes as described in Chapter 2 above. The chosen solution was to replace the existing Consumer Contract Terms Act of 1971 with a new act, the *Consumer Contract Terms Act 1994:1512*, which, as the directive itself, contains both civil and market law provisions. By this method, the legal amendments necessitated by the directive have in principle been effected through this one act. Apart from the 1994 act, a reference to the act has been included in Section 36 of the Contracts Act (1915:218). Furthermore, minor procedural amendments were made in the Market Court Act (1970:417).

As mentioned in Chapter 1, Swedish law was at the time of implementation already to a significant extent compliant with the directive. The legal changes can be summarised as follows.

*Definition of standard terms:* A definition of standard terms or standard contracts did not previously exist in Swedish law. However, the main elements of the definition in Article 3.2 of the directive (terms which have not been individually negotiated) have been transferred to the new Consumer Contract Terms Act (Sections 10 and 12). The new provisions, alongside the directive's definition, now set out more specifically where a standard term exists under Swedish law.

*Contra stipulatorem:* In accordance with Article 5 of the directive, the new Swedish act provides that where there is doubt as to the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail (Section 10). This is an old rule of contract interpretation in Swedish law. However, this being the first such rule of interpretation to be laid down by statute, it is thought that the result of the directive will be to strengthen the rule in Swedish courts.

*The grey list.* The use of a grey list of dubious contract terms is a novelty in Swedish law. The list has not been made part of the actual statute (the 1994 act), but is treated in the preparatory works to the act (Government Bill 1994/95:17). Swedish courts and legal doctrine traditionally pay considerable attention to the declarations made in government bills, and it can be expected that the list will be considered in individual as well as preventive cases. The Market Court has already done so in its first — and so far only — decision under the new Consumer Contract Terms Act (see further below).

As for the assessment of unfair terms in *individual actions* under civil law provisions, the above-described Section 36 of the 1915 Contracts Act has been deemed in principle sufficient to meet the demands of the directive. The existing possibilities for the courts and the National Board for Consumer Complaints to set aside or alter unfair terms at their discretion were considerable already before the directive. However, the directive has necessitated certain provisions in the new Consumer Contract Terms Act which limit the courts' discretion insofar as events after the conclusion of a contract can no longer be considered to the detriment of the consumer, once a term has been deemed unfair at the time of concluding the contract. Furthermore, it is now provided that a contract shall, if possible, continue to apply without the unfair term. The result will usually be that a non-mandatory provision of civil law replaces the unfair term. This is a sharpening of the situation for Swedish suppliers, since the courts have previously tended to amend unfair terms just enough to bring them within the limits of fairness.

As regards *preventive action* against unfair terms, both the principles for and the method of assessment of such terms have been carried over to the new Consumer Contract Terms Act from the 1971 act with small changes. The new general provision (Section 1) does not materially differ from the old one and the case-law developed by the Market Court since 1971 will continue to apply. However, as a result of the directive, the Market Court and the Consumer



Ombudsman now apply the grey list in their assessment of contract terms and, in the case of the latter, its negotiations with organisations of suppliers, authorities etc. The Market Court established the use of the grey list in the case MD 1997:1, *KO v. Resurs Finans AB*. The Consumer Ombudsman had initiated proceedings against Resurs Finans, a finance company, claiming a prohibition order against the further use of nine different terms in a standard-form contract. In its decision, the Market Court, which granted the prohibition on all counts, found that two of the terms in question fell under (respectively) Sections 1 e and 1 j of Annex 1 to the directive and concluded that, as a consequence, they were unfair.

An important feature of the new Consumer Contract Terms Act is that it extends the powers of the Consumer Ombudsman and the Market Court to take preventive action also against banks and insurance companies. These categories of financial institutions have previously been subject only to the scrutiny of the Finance Inspection authority. Another interesting novelty is that prohibition orders can now be directed also against organisations of suppliers, such as trade organisations, which promote unfair standard terms among their members.

As indicated in the presentation above in this chapter, the *main actors and their respective roles* have remained unchanged following the implementation of the directive.

One of the most significant results of the implementation is that the Swedish Consumer Agency now uses the grey list as a starting point in its negotiations with suppliers and organisations. As intended in the directive, the agency presumes that any term which is found on the list is unfair, unless the supplier or organisation can show that other factors improve the balance between the parties enough to make the term fair in spite of the presumption.

## IV. Current tendencies

Although the directive has brought changes to Swedish law that are not insignificant, it is clear that they are still mainly changes of details. The whole system of unfair terms legislation both for individual cases and preventive action already existed in 1993, and had done so for some 20 years. There was also a considerable amount of case-law on unfair terms, made up especially by the Market Court's decisions, and developed mainly in the 1970s and 1980s. Most or all of the terms which are included in the grey list had been assessed and declared unfair in leading Market Court or Supreme Court cases during that period. As a result, although there were some legal-technical considerations as how best to transform the directive into national law, it appears that in the everyday legal practice of courts and authorities, implementation has been fairly straightforward. As far as is known, there are no special implementation problems currently being discussed at the national level. According to a representative of the Swedish Consumer Agency, its work is carried on much as before the directive, albeit with the added ammunition of the grey list in its negotiations.

Even if the implementation of the directive has not affected the Swedish 'standard-form contract law' to any great extent, the legal conditions have been specified in various ways and the consumers' position has been strengthened, if only slightly. Apart from the use of the grey list in preventive action, the list, in combination with the lesser discretion of the courts to alter the other (fair) terms of a contract should result in a more predictable handling of unfair contract terms in individual actions. Naturally, Swedish courts and authorities are bound to interpret the new provisions in the light of the directive including its preamble. Adding to this the possibility of referrals to the European Court of Justice under Article 177 of the Rome Treaty, Sweden appears well suited to contribute to the growth of a common European case-law on unfair terms in consumer contracts.

### Official publications and bibliography

Government Bill 1994/95:17, *Oskäliga avtalsvillkor m.m.*

Ministry Publications Series 1994:29 *Oskäliga avtalsvillkor m.m., Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtal i konsumentförhållanden*

Bernitz, *Standardavtalsrätt*, 6th edition, 1996

Bernitz, *Svensk standardavtalsrätt och EG-direktivet om avtalsvillkor*, SvJT 1995 s 625

Grönfors, *Avtalslagen*, 3rd edition, 1995

# Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE en France

Rapporteur: Marie-Odile Thiry-Duarte  
Institut national de la consommation

## I. La situation avant l'adoption de la directive

La lutte contre les clauses abusives a été engagée en France avec l'adoption de la **loi n°78-23 du 10 janvier 1978**. Il est difficile de faire le bilan, sans en rappeler brièvement le contenu.

### 1. La législation de 1978

Cette législation, d'une part, définit ce qu'est une clause abusive et, d'autre part, met en place un système visant à les combattre, en attribuant un rôle prépondérant au pouvoir réglementaire et une fonction consultative à une instance, la commission des clauses abusives.

#### **La définition de la clause abusive**

Sont abusives les clauses figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, «qui apparaissent imposées au non-professionnel par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif» (article 35).

#### **Les contrats concernés par la loi**

Tous les contrats et les documents commerciaux sont concernés par la loi, quelle que soit leur nature (vente, prestations de service...) ou leur forme (contrat d'adhésion ou contrat négocié, bon de commande, facture). La loi n'exige pas qu'il s'agisse de contrats préédigés.

#### **Les types de clauses**

Seulement sept types de clauses sont concernées par la loi: celles portant sur le caractère déterminé ou déterminable du prix, le versement du prix, la consistance de la chose, la livraison de la chose, la charge des risques, l'étendue des responsabilités et des garanties, les conditions d'exécution, de résiliation, de résolution, ou de reconduction des conventions.

Ce texte excluait donc implicitement les clauses relatives à la formation du contrat, à la preuve et aux recours en justice.

#### **Les parties au contrat**

Le contrat doit être passé entre un consommateur ou un non-professionnel et un professionnel.

#### **Le système**

##### **Le gouvernement**

Lui seul dispose d'un pouvoir véritablement normatif en matière de clauses abusives, puisqu'il peut interdire, limiter ou réglementer par décret en conseil d'État celles qui répondent à la définition légale. Les clauses stipulées en contradiction avec ces décrets sont alors réputées non écrites.

### ***La commission des clauses abusives***

Cette instance composée de magistrats, de juristes, de représentants de l'administration, de représentants de consommateurs et de professionnels, a un rôle consultatif en matière de clauses abusives. Elle est consultée sur les projets de décrets visant à limiter, à interdire ou à réglementer certaines clauses considérées comme abusives; elle recherche dans les modèles de contrats les clauses qui peuvent présenter un caractère abusif et rend des recommandations tendant à ce qu'elles soient supprimées ou modifiées.

## **2. Les acteurs**

### **Le législateur**

L'action du législateur en matière de lutte contre les clauses abusives va prendre deux directions. D'une part, elle va consolider les moyens de lutte existants, en renforçant les rôles des associations de consommateurs et du juge et en facilitant l'accès aux contrats. D'autre part, en adoptant des textes de protection des consommateurs dans les secteurs où des abus auront été constatés, ils vont rendre illégales certaines clauses jusqu'alors considérées comme abusives.

### ***Le renforcement du rôle des associations de consommateurs et de celui du juge***

La loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 (L. 421-1 à L. 422-3 code de la consommation) qui organise les actions en justice des associations de consommateurs agrées leur permet en particulier de demander au juge d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression des clauses abusives dans les modèles de contrat habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs. Cette action peut être engagée à titre préventif, indépendamment de tout litige. Cependant, elle peut aussi s'exercer de façon conjointe, aux côtés d'un consommateur, dans le cadre d'un litige. Dans un cas comme dans l'autre, elle permet d'atteindre, toutes les clauses du contrat et non la seule clause litigieuse, comme dans le cadre d'une action individuelle.

Autre apport de ce texte: la loi de 1988 n'exige pas que la clause, dont la suppression est demandée, ait été préalablement interdite par décret, ce qui confère au juge un véritable pouvoir d'appréciation des clauses au seul regard de la définition légale.

### ***La remise des contrats***

La loi du 23 juin 1989, par son article 3, oblige les professionnels à remettre, sous peine de sanction pénale, à toute personne qui en fait la demande, un exemplaire des contrats qu'ils proposent habituellement, les modèles de contrat habituellement proposés, ce texte facilitera les actions en suppression des clauses abusives, mais également les travaux de la commission des clauses abusives (article L. 134-1 code de la consommation).

### ***Les textes de protection des consommateurs***

Ils intégreront largement les travaux de la commission des clauses abusives.

C'est ainsi qu'on relève l'influence des recommandations sectorielles de la commission des clauses abusives dans les textes législatifs suivants: la loi du 22 juin 1982 sur le bail d'habitation (recommandation n° 80-04); la loi du 23 juin 1989 sur les agences matrimoniales (recommandation n° 87-02); la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 modifiant le code des assurances (recommandation n° 85-04); la loi du 6 juillet 1990 sur l'hébergement des personnes âgées (recommandation n° 85-03); la loi du 19 décembre 1990 sur le contrat de construction de maison individuelle (recommandation n° 81-02); loi du 3 janvier 1992 sur l'eau (recommandation n° 85-01).

Cependant, les recommandations générales de la commission des clauses abusives seront également reprises dans un texte de portée générale, la loi du 18 janvier 1992, dans ses dispositions

relatives au délai de livraison et aux sommes payées d'avance (article L. 114-1 code de la consommation).

### **Le pouvoir réglementaire**

La loi de 1978 en avait fait un acteur essentiel de la lutte contre les clauses abusives (voir supra). Et de fait, très rapidement, le 24 mars 1978, un décret sera pris pour interdire deux types de clauses: les clauses qui suppriment le droit à réparation du non-professionnel ou du consommateur en cas de manquement du professionnel à ses obligations (article R. 132-1 code de la consommation) et celles qui réservent au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien ou du service (article R. 132-2).

Ce «premier» décret ne sera suivi d'aucun autre, si l'on excepte celui du 22 décembre 1987 qui définit un modèle de contrat de garantie (article R. 211-2 code de la consommation). L'action réglementaire en suppression des clauses abusives s'arrêtera là.

Cependant, certains textes d'origine réglementaire s'inspireront des recommandations de la commission des clauses abusives. C'est ainsi que le règlement type du service de distribution d'eau de 1988 (circulaire du 14 avril 1988), s'inspirera de la recommandation n° 85-01, et le contrat type pour le transport public terrestre de marchandises de la recommandation n° 82-01 (décret du 4 mai 1988).

### **La commission des clauses abusives**

#### ***Les avis rendus sur des textes législatifs ou réglementaires***

La commission des clauses abusives sera consultée sur le décret n° 76-464 du 24 mars 1978 portant interdiction de certaines clauses abusives, sur le décret n° 87-1045 du 22 décembre 1987 relatif à la présentation des contrats de garantie et de service après-vente et sur les projets de loi relatifs à la protection des consommateurs de 1988, de 1989 et de 1991.

#### ***Les recommandations***

La période qui nous intéresse (1978-1993) ici sera riche puisque vingt-sept recommandations seront adoptées.

#### ***Les contrats concernés***

Quelques recommandations concernent les contrats de vente de certains produits spécifiques (meubles, immeubles, véhicules), mais la plupart concernent des prestations de service: contrats de location (de logement, d'emplacements publicitaires, de vacances, d'hébergement de personnes âgées, de coffres-forts, de biens autres que des automobiles) contrats de transport (de voyageurs, de marchandises), d'assurance (multirisque-habitation, automobile, construction, complémentaire à un crédit). Citons encore les déménagements, les contrats d'installation de cuisine, de travaux photographiques, de distribution d'eau, d'agences matrimoniales, de clubs de sport, d'enseignement...

À côté de ces recommandations sectorielles, la commission rend également des recommandations générales, visant à la suppression de clauses susceptibles d'exister dans de nombreux secteurs économiques, indépendamment de leur objet. C'est le cas des recommandations relatives aux contrats de garantie, aux recours en justice, à la formation du contrat et aux clauses de consentement implicite.

Une recommandation d'un type particulier a été prise en 1991: intitulée recommandation de synthèse, elle dénonce les vingt-deux clauses les plus fréquemment dénoncées dans les recommandations antérieures de la commission et constitue une sorte de «liste grise».

#### ***L'objet des recommandations***

L'objet principal des recommandations est de demander la suppression des clauses qui présentent un caractère abusif. Mais souvent la commission ne se contente pas de cette dénonciation et

fait des propositions positives. C'est ainsi que certaines recommandations font des préconisations en matière de présentations des contrats (achat de véhicules de tourisme recommandation n° 85-02 CCA); d'autres recommandent l'insertion de certaines clauses informant le consommateur de ses droits (assurances multirisques-habitation recommandation n° 85-04 CCA) ou de clauses assurant une juste réparation du préjudice subi par le consommateur en cas d'inexécution (travaux photographiques recommandation n° 82-04 CCA).

## Les tribunaux

### *Leur rôle*

Ce rôle, limité par la loi de 1978, va s'accroître à partir de 1988, par l'effet de modifications législatives et de revirements jurisprudentiels.

### *Jusqu'en 1988: un rôle très limité*

Le juge ne dispose que d'un pouvoir très limité en matière de clauses abusives, puisqu'il ne peut déclarer une clause abusive au seul motif qu'elle répond à la définition légale; il faut de plus que la clause qu'il est appelé à juger ait été interdite par décret, ce qui n'est le cas que pour trois types de clauses (voir supra). Il est vrai que l'une de ces trois clauses a une portée considérable, puisqu'elle concerne les limitations ou les suppressions du droit à réparation du consommateur en cas d'inexécution de ses obligations par le professionnel (article R. 132-1 actuel code de la consommation). C'est donc essentiellement sur la base de ce texte que les clauses seront jugées alors abusives.

### *À partir de 1988: un rôle étendu*

Deux autres facteurs, l'un législatif, l'autre jurisprudentiel, vont de façon décisive, ouvrir de nouvelles perspectives à la lutte contre les clauses abusives devant les tribunaux.

Un premier tournant s'opère avec la loi du 10 janvier 1988 que nous avons évoquée plus haut et qui permet aux associations de consommateurs agréées de demander la suppression des clauses abusives dans les modèles de contrats habituellement proposés aux consommateurs. À la différence de la loi de 1978, ce texte n'exige pas que la clause ait été interdite par décret. Cependant, cette exigence subsiste pour les actions engagées sur un autre fondement. En principe, du moins, car en 1989 une première décision de la Cour de cassation semble accorder au juge le pouvoir autonome de déclarer une clause abusive <sup>(1)</sup>. Une seconde décision viendra confirmer cette nouvelle compétence du juge <sup>(2)</sup>.

### *La jurisprudence*

Au cours de la période examinée, la jurisprudence est rendue dans le sens d'une acception large de la loi, qu'il s'agisse des bénéficiaires de la loi sur les clauses abusives ou de la définition des clauses abusives. Cependant, elle se heurtera à la difficulté d'atteindre les contrats de service public.

### *Le bénéficiaire de la législation sur les clauses abusives*

La loi ne limitant pas son champ d'action aux personnes physiques, la jurisprudence en accorde le bénéfice aux personnes morales, sans que ce point fasse l'objet de controverses.

Plus délicate a été la question de savoir qui est le «non-professionnel» que la loi entend protéger au même titre que le consommateur: un professionnel peut-il dans certains cas être considéré comme un non-professionnel? La réponse des tribunaux a été le plus souvent positive, et c'était également, au cours de la période qui nous intéresse ici, celle de la Cour de cassation qui considérait que lorsque le contrat conclu échappe à la compétence du professionnel, celui-ci est dans le même état d'ignorance que le consommateur <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cass. civ. I. le 6 décembre 1989 — Bull. civ. n° 379, p. 255.

<sup>(2)</sup> Cass. civ. le 14 mai 1991 — Contr. conc. consom. juillet 1991 — n° 160.

<sup>(3)</sup> Cass. civ. le 28 avril 1987 — Bull. civ. — tome I, p. 103 — CLAB fr0000064.fic.

### ***Les clauses susceptibles d'être déclarées abusives***

La jurisprudence tentera de s'affranchir de plusieurs contraintes législatives ou réglementaires.

- La limitation aux clauses déterminées comme abusives par décret.
- Une cour d'appel tentera de contourner la difficulté en associant la législation des clauses abusives et la théorie des vices du consentement. Elle déclarera abusives cinq clauses contenues dans un contrat de location d'emplacement publicitaire, et déjà dénoncée par la commission des clauses abusives, au motif que leur acceptation ne peut avoir été que le fruit d'une erreur ou de tout autre vice du consentement <sup>(4)</sup>. Cette initiative restera isolée, et il faudra attendre 1991 pour que la Cour de cassation reconnaisse au juge un pourvoi autonome en la matière (arrêt précité).
- La limitation au contrat de vente, de la clause supprimant ou réduisant le droit à réparation du consommateur du décret du 24 mars 1978. La Cour de cassation étendra ce texte au contrat de développement photographique associé à une vente <sup>(5)</sup>.
- Cependant, les tribunaux se heurteront aux clauses des contrats de service public: ces clauses sont souvent d'origine réglementaire, ce qui interdit aux tribunaux de l'ordre judiciaire de s'en saisir <sup>(6)</sup>.

### ***Le bilan des actions judiciaires***

Nous laisserons de côté les actions collectives, menées ou non aux côtés d'un consommateur individuel, qui seront évoquées à propos de l'action des associations de consommateurs, pour ne parler que des actions strictement individuelles jugées avant 1993.

Les dix premières années de la législation sur les clauses abusives seront assez pauvres sur un plan jurisprudentiel et, à notre connaissance, quatre affaires seulement seront jugées au regard de cette notion. À partir de 1988, on va assister à un développement des actions judiciaires et de 1988 à 1993, une vingtaine de décisions dans des litiges individuels vont être rendues et quinze clauses seront jugées abusives.

### ***Les secteurs économiques***

Aucun secteur économique ne se distingue réellement, sinon peut-être celui des services financiers, puisque trois décisions concernent des contrats passés avec des établissements financiers, et celui des services publics également concernés par trois décisions: poste, eau, électricité. Les locations d'emplacement publicitaires et les travaux photographiques donneront chacun lieu à deux décisions. Les décisions restantes auront trait à des secteurs aussi divers que la vente de meubles, l'enseignement, la télésurveillance...

### ***Les types de clauses jugées***

Les clauses les plus fréquemment jugées sont les clauses exonérant totalement ou partiellement le professionnel de sa responsabilité en cas d'inexécution totale ou partielle de ses obligations. Viennent ensuite les clauses relatives à la rupture anticipée par le consommateur d'un contrat à exécution successive et prévoyant une indemnité excessive.

## **Les associations de consommateurs**

### ***Leur rôle***

La loi du 10 janvier 1978 a assigné un rôle, et un seul, aux associations de consommateurs dans la lutte contre les clauses abusives, celui de membre de la commission des clauses abusives, puisque trois des quinze sièges de cette instance, étaient attribués à des représentants des consommateurs.

<sup>(4)</sup> CA Nîmes le 15 décembre 1983 — Institut national de la consommation (INC) n° 1414 — CLAB fr000099.fic.

<sup>(5)</sup> Cass. civ. 1e 25 janvier 1989 — Bull. civ. n° 43 — CLAB fr000011.fic.

<sup>(6)</sup> Cass. civ. 1e 31 mai 1988 — Bull. civ. n° 161.

### **Leur action**

Leur action ne s'est évidemment pas limitée à participer aux travaux de la commission des clauses abusives. Outre les actions de sensibilisation engagées en direction de leurs militants et du grand public, leur activité prit deux formes: la concertation avec les professionnels et, surtout, les actions judiciaires.

### **La concertation avec les professionnels**

Elle s'est traduite par la conclusion d'accords collectifs avec les organisations professionnelles, dont l'efficacité est cependant limitée, puisque, en raison de l'effet relatif des contrats, ils n'engagent pas les membres des organisations signataires. Les pouvoirs publics ont tenté d'encourager la conclusion de tels accords en créant en 1982 les «accords pour l'amélioration de la qualité» qui deviendront par la suite les «contrats approuvés». Ces contrats engagent alors les professionnels qui s'y réfèrent en utilisant le logo «Approuvé». Le bilan de cette action paraît limité. Citons toutefois les contrats «Approuvé» passé avec une société d'assurances en 1990 et encore celui passé en 1992 avec le syndicat national de l'équipement de cuisine. En fait, ces contrats ont été essentiellement négociés sur le plan local, sous l'égide de l'administration, suscitant la critique des organisations nationales qui leur reprochaient de ne pas constituer de véritable avancée dans la protection des consommateurs.

### **Les actions judiciaires**

Jusqu'en 1988, les associations déclarées ne disposent que d'une action judiciaire, l'action d'intérêt collectif, qui leur permet d'«exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant préjudice directement ou indirectement à l'intérêt collectif des consommateurs» (article 46, loi du 27 décembre 1973). Cette action pouvait avoir pour objet, soit la réparation du préjudice collectif, soit la cessation d'un trouble illicite. C'est à ce titre qu'elle sera utilisée pour obtenir la mise en conformité de contrats comportant des clauses contraires aux dispositions d'ordre public les régissant. Ces actions peuvent donc s'inscrire dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives.

L'action d'intérêt collectif sera également utilisée, mais de façon très marginale, pour obtenir la suppression de clauses abusives, ou du moins, des clauses interdites par le décret du 24 mars 1978 et donc illicites (7). Cette voie sera abandonnée, en raison d'une exigence posée par la Cour de cassation en 1985: l'action ne peut être intentée que si l'agissement illicite constitue une infraction pénale.

La loi du 5 janvier 1988 va marquer une étape dans la lutte contre les clauses abusives, en accordant aux associations de consommateurs le droit de demander devant les tribunaux la suppression des clauses abusives dans les contrats habituellement proposés aux consommateurs (article L. 421-6 code de la consommation).

### **Le bilan des actions collectives**

Entre 1983 et 1993, nous avons connaissance de 23 actions en suppression de clauses abusives, (9 actions préventives, 13 actions menées conjointement avec un consommateur dans le cadre d'un litige). Au total, 59 clauses seront examinées et parmi celles-ci 41 seront déclarées abusives et leur suppression sera ordonnée.

### **Les secteurs économiques**

Le premier secteur touché est celui de la vente de meubles (huit actions), le second l'immobilier: contrats de vente (trois actions) et contrats de location (deux actions). Viennent ensuite la banque (deux actions) et l'automobile (une action en matière de vente et une en matière de location).

(7) TI Metz le 4 janvier 1983 — CLAB fr0000147.fic.



### **Les clauses**

Les clauses les plus fréquemment sanctionnées sont celles qui limitent les droits à réparation du consommateur en cas d'inexécution ou d'exécution fautive de la part du professionnel. Ces limitations ou exclusion sont parfois expressément prévues, mais elles prennent également la forme de clauses suivant lesquelles le consommateur accepte par avance que la prestation ne soit pas exécutée dans les termes convenus. Les clauses relatives au délai de livraison du produit ou du service sont, dans l'un et l'autre cas, particulièrement fréquentes.

### **Les professionnels**

#### **Leur rôle**

Membres de la commission des clauses abusives, ils participent à ce titre à la lutte contre les clauses abusives. Par leurs démarches spontanées, ou sur incitation de l'administration, ils ont volontairement, ou malgré eux, contribué à l'amélioration globale de la situation.

#### **Le bilan**

Il n'est pas douteux que nombre d'entre eux ont spontanément revu leurs contrats à la lumière des recommandations de la commission des clauses abusives. Et les enquêtes menées par les services de la direction générale de la concurrence et de la consommation sur l'application des recommandations font systématiquement état de progrès constants, mais aussi de progrès à accomplir...

Des actions de concertations avec les organisations de consommateurs, souvent engagées à l'instigation de l'administration, ont débouché sur de multiples accords collectifs, surtout, semble-t-il à la fin des années 80; nous les avons évoqués plus haut à propos des actions des associations de consommateurs.

Au titre des initiatives des professionnels, il faut encore signaler le contrat type de déménagement, mis au point dans le cadre de la norme de déménagement NF X-811-1 adoptée en 1993, qui avait été soumis pour avis à la commission des clauses abusives. Cette initiative est à notre connaissance restée isolée.

### **L'Institut national de la consommation (INC)**

L'INC s'est efforcé d'assurer la connaissance et la vulgarisation de la législation sur les clauses abusives par ses analyses de textes et un rappel constant de la réglementation et des recommandations de la commission des clauses abusives dans ses publications et ses émissions de télévision.

Par ailleurs, l'établissement a apporté son aide technique aux associations de consommateurs pour l'introduction d'actions collectives, puis dressé le bilan de ces actions dans sa publication spécialisée *INC Hebdo*.

### **L'administration**

Les services de la direction générale de la concurrence et de la consommation disposent de pouvoirs d'enquête et de poursuite en matière d'infractions économiques. Il leur est donc possible de contrôler l'application du décret du 24 mars 1978. Ainsi, en 1991, les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DG CCRF du ministère français de l'économie et des finances) ont procédé à 938 contrôles donnant lieu à 17 procès-verbaux et 429 rappels à la réglementation des professionnels.

Ces services vérifient également ponctuellement le suivi par les professionnels concernés des recommandations de la commission des clauses abusives et évaluent les progrès constatés. Deux à trois enquêtes sont ainsi menées chaque année.

## II. Les changements constatés à la suite de l'adoption de la directive

### L'accueil de la directive par les commentateurs

D'une façon générale, les commentateurs n'ont pas vu dans la directive un texte propre à bouleverser le droit national.

S'ils se sont interrogés sur la portée du changement de définition de la clause abusive, c'était pour conclure qu'elle devrait être sans conséquence. Ils se sont félicités de ce que la directive ne limite pas les clauses susceptibles d'être déclarées abusives suivant leur objet, et donc qu'il permette d'atteindre les clauses relatives à l'administration de la preuve ou à l'accès à la justice, ce que la loi française ne permettait pas.

En revanche, ils ont regretté que les clauses réglementaires soient exclus du champ d'application de la directive. Autre regret: celui que les clauses annexées à la directive ne constituent qu'une liste grise.

**La directive «clause abusive» du Conseil des Communautés européenne du 5 avril 1993 a été transposée en droit français par la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995.**

### Le législateur

En mettant la loi française en conformité avec le droit européen, le législateur va accroître le niveau de protection des consommateurs, tant au regard du texte précédent, que de la directive elle-même.

Ce n'est pas au niveau de la définition de la clause abusive que se situe l'évolution, car si le critère de «déséquilibre significatif» remplace désormais l'«avantage excessif» du texte antérieur (la démonstration d'«abus de puissance économique» de l'ancien texte n'était déjà plus exigée devant les tribunaux, lorsqu'il s'agissait de contrat d'adhésion), l'idée est identique.

La principale innovation du texte réside surtout dans le fait que, désormais, une clause est abusive sous la seule condition qu'elle réponde à la définition légale, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été dénoncée par décret, ce qui confirme définitivement le pouvoir de qualification du juge. Comme la directive, la loi s'applique à toutes les clauses, quel qu'en soit l'objet.

Cependant, la loi française semble aller plus loin que la directive. En effet, elle continue de protéger les non-professionnels comme les consommateurs, les personnes morales comme les personnes physiques (du moins ne les exclut-elle pas), et elle n'écarte pas de son champ d'application les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives.

Par ailleurs, la loi étend les possibilités d'actions judiciaires des associations de consommateurs en leur permettant de demander la suppression des clauses abusives dans les contrats destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres.

Il est cependant regrettable que les clauses dont la liste est annexée à la loi, comme à la directive, ne soient pas même présumées abusives et qu'elles ne constituent que des exemples de clauses pouvant être jugées comme telles.

### Le pouvoir réglementaire

Quatre ans après l'adoption de la loi du 1<sup>er</sup> février 1995, aucun décret n'est venu compléter la liste, commencée et interrompue en 1978, de clauses devant être déclarées abusives en toute hypothèse.

## **La commission des clauses abusives**

Sa composition a été modifiée par le décret n° 93-314 du 10 mars 1993 qui, en particulier, supprime les représentants de l'administration. Le même décret élargit ses compétences: elle peut désormais être saisie pour avis par le juge.

### ***Les saisines pour avis par le juge***

Ce nouveau rôle semblait répondre à une attente, le bilan est pourtant bien modeste: de 1993 à la fin de l'année 1997 la commission a été saisie onze fois et a rendu cinq avis, les autres demandes échappant à sa compétence.

### ***Les recommandations***

De 1993 à 1998, la commission des clauses abusives a rendu une recommandation générale, sur les clauses de consentement implicite, et douze recommandations sectorielles. Quatre se rapportent à l'immobilier (locations saisonnières, syndic de copropriété, télésurveillance, maintenance d'équipements), deux à l'automobile (véhicules d'occasion, location de véhicules); sont également concernées les contrats porteurs de carte de paiement, les séjours linguistiques, les abonnements autoroutiers et les contrats de révélation de succession. On note le souci de la commission des clauses abusives de suivre au plus près l'arrivée sur le marché de produits et de services nouveaux: les logiciels informatiques, les abonnements au câble et à la télévision à péage et, aujourd'hui, la téléphonie.

Le bilan des travaux de la commission des clauses abusives et leur rôle pour les différents acteurs de la lutte a fait l'objet d'un colloque en mai 1998, à l'initiative de l'université de Savoie et de la direction générale de la concurrence et de la consommation <sup>(8)</sup>.

## **Les tribunaux**

### ***La jurisprudence***

#### ***1. La transposition de la directive européenne: un effet neutre***

##### ***La nouvelle définition de la clause abusive***

Les tribunaux se réfèrent désormais à la notion de déséquilibre significatif pour juger du caractère abusif d'une clause. La démonstration en est facilitée, puisque l'abus de puissance économique n'a plus à être démontré, mais les solutions ne semblent pas différer de la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi de 1978.

La position de la Cour de cassation sur la portée du changement de terminologie ne nous est pas encore connue, les arrêts rendus depuis l'adoption de la loi de 1995 se rapportant à des affaires engagées avant l'adoption de la loi de 1995.

##### ***L'efficacité des clauses annexées à la directive (et à la loi française)***

Nous n'avons connaissance que d'une décision fondée, en particulier, sur les clauses annexées à la loi française, comme à la directive européenne. Il s'agit en l'occurrence du point b), à propos d'une clause limitative de responsabilité affichée chez un teinturier <sup>(9)</sup>. Le caractère isolé de cette décision ne surprendra guère les commentateurs de la loi, généralement très réservés quant à l'efficacité de cette liste.

#### ***2. L'application de la loi sur les clauses abusives: un cadre plus strict***

Les précisions apportées par la Cour de cassation sur cette dernière période traduisent une volonté d'inscrire la loi dans un cadre strict.

<sup>(8)</sup> Actes de la journée dans la *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 105, septembre-octobre 1998.

<sup>(9)</sup> TI Niort le 7 août 1996 — INC n° 325 — CLAB fr000327.

### ***La notion de consommateur ou de non-professionnel***

La question de savoir dans quelle mesure un professionnel peut bénéficier de la législation sur les clauses abusives n'est pas définitivement résolue, mais la Cour de cassation semble s'orienter vers une conception restrictive et exclure du champ d'application de la loi le contrat ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle du contractant <sup>(10)</sup>.

L'application de la loi aux personnes morales, qui jusqu'à présent n'avait pas été discutée, semble également être remise en cause par la Cour de cassation qui censure l'arrêt de la cour d'appel qui avait qualifié de consommateur un groupement agricole d'exploitation en commun (même arrêt).

### ***L'impossibilité pour le juge de soulever d'office le caractère abusif des clauses***

Un premier juge avait soulevé d'office le caractère abusif de la clause, ce n'était d'ailleurs pas la première fois que cela se produisait, mais cette décision a fait l'objet d'un pourvoi, et la Cour de cassation l'a cassée pour vice de procédure <sup>(11)</sup>.

### ***Autres précisions nouvelles ou constantes***

- Le caractère abusif d'une clause est une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation <sup>(12)</sup> qui peut donc requalifier d'abusives une clause qui n'avait pas été jugée telle <sup>(13)</sup>.
- Les recommandations de la commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie à la cassation <sup>(14)</sup>.
- Les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, apprécier la légalité d'une clause d'origine réglementaire <sup>(15)</sup>.

### ***Le bilan des actions judiciaires***

Ici encore, nous n'évoquerons que les décisions rendues dans le cadre d'un litige individuel, les décisions rendues dans le cadre d'une action en suppression seront examinées à propos de l'action des associations.

Depuis 1993, il a été statué sur le caractère abusif d'une clause dans cinquante affaires. À neuf reprises, une association de consommateurs est intervenue aux côtés du consommateur pour demander la suppression de la clause contestée, et dans trois cas, cette demande s'étendra à toutes les clauses du contrats jugées abusives par l'association: contrats de location immobilière, de location de voiture et de résidence pour personnes âgées.

### ***Les secteurs***

Le secteur le plus fréquemment mis en cause est celui des services financiers: crédit à la consommation et cartes de paiement. Viennent ensuite le secteur de l'automobile, et en premier lieu, les contrats de location automobile ainsi que les services de base: électricité, eau, poste et train.

### ***Les clauses***

On note une permanence dans le type de clauses jugées: la grande majorité sont celles qui limitent ou excluent les droits à réparation du consommateur en cas d'inexécution de ses obligations par le professionnel. Sont également fréquentes les clauses qui autorisent le professionnel à mettre fin au contrat de façon déséquilibrée ou qui sanctionnent lourdement le consommateur lorsque c'est lui qui résilie le contrat.

<sup>(10)</sup> Cass. civ. 1e 10 juillet 1996 — Contr. conc. consom. août-septembre 1996, n° 157 — INC n° 3318.

<sup>(11)</sup> Cass. civ. 1e 16 février 1994 — INC n° 3326 — CLAB fr000524.fic.

<sup>(12)</sup> Cass. civ. 1e 26 mai 1993 — JCP ed. G. 1993, II, 455 — CLAB fr000027.fic.

<sup>(13)</sup> Cass. civ. 1e 17 mars 1998 — Contr. conc. consom. juillet 1998, n° 104 — INC n° 3421 — CLAB fr000537.fic.

<sup>(14)</sup> Cass. civ. 1e 13 novembre 1996 — Bull. civ. n° 399 — CLAB fr 000036.fic.

<sup>(15)</sup> Cass. civ. 1e 22 novembre 1994 — CJEG juillet-août 1995, p. 266 — INC n° 3423.

## **Les associations de consommateurs**

### ***Les actions judiciaires***

Les associations ont concentré leurs efforts sur l'action judiciaire en suppression de clauses abusives, que ce soit dans un cadre purement préventif, ou en intervenant aux côtés d'un consommateur isolé. Sur la période qui suit l'adoption de la directive, plus de quarante actions en suppression seront jugées, dont une dizaine dans le cadre d'une action individuelle. Dans un cas comme dans l'autre, l'action ne se limitera pas à dénoncer une clause, et ce sont toutes les clauses litigieuses qui seront examinées.

### ***Le bilan***

Au total, près de 170 clauses seront jugées et 125 déclarées abusives.

### ***Les secteurs économiques***

On note une concentration de ces actions sur certains secteurs économiques: en premier lieu des assurances, et en particulier des assurances liées à un crédit; viennent ensuite les locations de véhicule et les résidences pour personnes âgées.

La stratégie consistant à traquer systématiquement les clauses abusives dans un secteur donné est particulièrement évidente dans la période actuelle. Dernièrement, une organisation a choisi de s'attaquer au secteur de la téléphonie mobile en assignant plusieurs opérateurs et sociétés de commercialisation.

### ***Les clauses***

Les clauses limitant les obligations du professionnel et/ou le droit à réparation du consommateur sont encore ici fréquentes, mais les plus nombreuses sont les clauses imposant des obligations excessives à la charge du consommateur. C'est ici qu'on mesure l'intérêt des actions en suppression: elles permettent d'atteindre ces clauses qui ne génèrent que rarement des conflits susceptibles d'être portés en justice, mais qui contribuent au déséquilibre des contrats. Il en est ainsi des clauses pénales, mais également de toutes les clauses qui imposent des diligences au consommateur dans un délai très court à défaut desquelles il engage sa responsabilité ou renonce à des droits; ou encore des clauses qui présument sa responsabilité dans des cas qui s'apparentent à la force majeure.

## **Les professionnels**

On ne relève pas sur cette dernière période d'initiative notable. Il semble cependant que la perspective d'une action en suppression de clauses abusives ou d'une dénonciation par les médias de telles clauses incite à une plus grande prudence.

Première conséquence, lorsque la communication des contrats est demandée en vue d'une action judiciaire ou d'une étude comparative de service, le demandeur s'entend régulièrement répondre que le contrat est en cours de refonte.

Autre conséquence, les contrats mis en cause dans une instance en suppression de clauses abusives, sont modifiés entre l'assignation et le jugement.

## **L'administration**

La DG CCRF poursuit son travail d'enquête pour contrôler la reprise dans les contrats des recommandations de la commission des clauses abusives. Ces dernières années, ses contrôles ont porté sur les séjours linguistiques, les garanties des véhicules d'occasion, les assurances liées à un crédit, le crédit permanent assorti d'une carte de crédit, l'hébergement des personnes âgées.

### **L'Institut national de la consommation (INC)**

Parallèlement à sa poursuite de ses actions d'information, l'INC a entrepris de recenser systématiquement les décisions judiciaires rendues en la matière. Celles-ci sont aujourd'hui accessibles sur CLAB Europa.

L'INC participe également à la sensibilisation des juges à la matière des clauses abusives, par la réalisation de stages dans le cadre de la formation permanente des magistrats.

En 1997, l'INC, en partenariat avec le centre technique de la consommation de Champagne-Ardenne a réuni en colloque les différents acteurs de la lutte contre les clauses abusives pour en dresser le bilan et a réfléchi aux moyens de lever les obstacles à sa pleine application <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Actes de la journée d'étude dans *INC Hebdo* n° 1015 du 12 décembre 1997.

### III. Les grandes tendances et les problèmes qui se dégagent au niveau national

L'application du droit des clauses abusives se heurte encore à plusieurs obstacles.

#### **Les contrats de service public**

Des secteurs entiers de consommation échappent au contrôle des clauses abusives: les prestations fournies par des services publics. Et pourtant, une récente étude réalisée pour la direction générale de la santé et de la protection des consommateurs de la Commission des Communautés européennes montre que ces contrats ne sont pas exempts de telles clauses. La solution ne peut venir que d'une réforme législative.

#### **L'impossibilité pour le juge de soulever d'office le caractère abusif des clauses**

Cette position de la Cour de cassation est très préjudiciable au consommateur isolé, en particulier lorsqu'il se présente sans avocat, et c'est son droit devant le juge d'instance, juge des petits litiges.

#### **Les actions dirigées contre le rédacteur du contrat**

La loi, qui permet aux associations de consommateur de demander la suppression des clauses dans les contrats rédigés par les organisations professionnelles à l'usage de leurs membres, laisse planer un doute en ce qui concerne la possibilité d'agir contre les autres éditeurs de contrats lorsqu'ils ne sont pas partie au contrat. Il est indispensable de lever cette incertitude.

#### **Les contrats qui ne sont plus proposés à la date d'audience**

Dans ce cas, la Cour de cassation considère que la demande en suppression formée par l'association est sans objet. Il est vrai que le but de l'action est alors atteint: la clause n'est plus utilisée. Cependant, l'incertitude demeure quant à son caractère abusif, ce qui nuit à l'élaboration de la jurisprudence et prive l'association de son droit à réparation.

Cependant, ces obstacles ne suffisent pas à expliquer que subsistent encore tant de clauses abusives. L'explication doit plutôt être recherchée dans l'intérêt économique que représentent ces clauses pour les professionnels, même lorsqu'elles ne trouvent application que dans des cas marginaux, dans la mesure où elles dissuadent le consommateur de faire valoir ses droits. L'allocation aux associations de consommateurs de dommages et intérêts véritablement réparateurs du préjudice collectif, et donc proportionnés au nombre de contrats utilisés, pourrait neutraliser cet intérêt et assurer les conditions d'une véritable négociation entre professionnels et organisations de consommateurs.

#### **Pour conclure**

Ces dernières années, un nouveau service de grande consommation est entré sur le marché avec une force de pénétration sans précédent: la téléphonie mobile.

On pouvait penser qu'un service, né sous l'empire du code de la consommation s'accompagnerait d'un contrat clair et équilibré. L'INC constatait au contraire en 1997 que, illisibles et confus, ils regorgeaient au contraire de clauses abusives, et il en alertait la commission des clauses abusives. Dans le même temps, une organisation de consommateurs entreprenait une série d'ac-

tions en suppression. Les décisions étaient rendues au printemps dernier, à l'heure même où la commission des clauses abusives achevait sa recommandation sur ce secteur. Elles faisaient largement droit aux demandes de l'association, et lui accordaient des dommages et intérêts significatifs, à défaut d'être véritablement réparateur du préjudice collectif. Ce contexte ne pouvait qu'être propice à une concertation avec les professionnels qui, sans attendre le verdict des tribunaux et de la commission des clauses abusives concédaient quelques avancées. Cet exemple permet de mesurer l'efficacité des actions simultanées et ciblées des différents acteurs.



# Practical implementation of Directive 93/13/EEC in Greece

*Nikos Tzortzopoulos*  
*Ex-member of the Legal Council of the State*  
*PhD of National Technical University of Athens (NTUA)*  
*Head of Legal Informatics Division*  
*Law Database (NOMOS)*

## Chapter A Period before the adoption of the directive (before 1993)

### 1. Actors involved

During this period no remarkable activities in the field of consumer protection can be observed. The main existing problem of this period was the absence of consumers' associations or other collective bodies which were empowered to represent the great number of consumers who were offended by terms imposed by the suppliers of products or the providers of services (banks, telecommunication services etc.) and to file collective actions.

Although the old consumer protection law (No 1961/1991) contained in its project provisions about the power of consumers' associations to represent consumers in courts, those provisions were eliminated in the final project which has been adopted as law. Thus, the role of the Consumers' Association was limited mostly in consultative activities to consumers who turned to them in order to express complaints about the professionals' attitude in their transactions.

As for the courts, they had to judge unfair terms only through individual actions. In fact, only legal processes of individual consumers took place; those persons were obliged to undertake the costs of a long-lasting trial without being covered in fact by any concrete legal institutional protective context towards unfair terms and all court decisions hesitant to declare the general nullity of a term, were founded on theoretical legal notions, deriving from the Civil Code for lack of expressed provisions.

### 2. Existing control instruments

As mentioned right above, before 1993 the means to control unfair terms were insufficient based mainly on the provisions of Civil Code and partly on the old Consumer Protection Law (No 1961/1991):

#### (a) The Civil Code

The control of unfair terms was conducted through the provisions which introduce general principles in civil law and of course in law of contracts. Among those provisions we cite the most important ones (and the most used in practice) which are: Article 281 forbidding the abuse of right and Article 288 stating that the principles of good faith and contractual habits govern the performance of contractual obligations; the interpretation of the terms, where necessary, was made through the provisions of Articles 173 and 200 of Civil Code.

#### (b) The old Consumer Protection Law (N. 1961/1991)

This law introduced in Greece the fundamental institutional framework of consumer protection but its provisions were limited in the establishment of the consumer's rights and the producer's liability for defect products. It has also adopted provisions modernising advertisement law,

establishing the providers' obligation for after-sales support and introducing collective bodies competent for extra-judiciary settlement of disputes concerning consumers.

As for the unfair terms control, we should note that this law introduced provisions, forbidding the use of unfair standard terms in contracts but in practice those provisions remained inactive, because in very few cases those provisions were invoked and applied.

### **3. Methodology**

The judges were deprived of a stable legal basis to found their judgments for the reasons exposed above (lack of an institutional framework). Consequently, the relevant evaluation of those terms was based on the provisions of the Civil Code and the main rules were deriving from Article 281 which forbids the abuse of right and Article 288 about the performance of a contract according to the principles of good faith and contractual habits. In some cases they were based on the concrete provisions governing the sector of activity concerned (ex. insurance law) in order to evaluate the terms under the spirit of the relevant provisions.

Nevertheless they decided sparingly in favour of the consumers on the matter of the unfair terms and were often based on the notion of contractual freedom (Article 361 of the Civil Code) in order to dismiss the actions.

### **4. Sectors of activity and types of terms**

Due to the considerable expense of a trial where the validity of a term was contested all sectors of activity were concerned (financial services, sales, tourism services, health services etc.) but only when the value of the object of this litigation was also considerably high as to justify the amount spent in courts by the individual who raised the action against the professional concerned.

During this period we could notice that all types of terms were contested by consumers after a dispute raised between an individual (consumer) and a professional mostly concerning the extent of the professional's liability or the price to be paid for defect products or services.

### **5. Legal and practical problems**

The situation at that time can be described as a period of a completely occasional and ineffective action of individual consumers having no means to deal with the unfair terms imposed by the great professionals and as mentioned above the absence of an institutional framework did not permit the courts to reach unified judgments about the character of disputed terms.

Summing up the characteristics of the period prior to Directive 93/13/EEC we should notice that the insufficient protection of the consumer was due to the lack of an institutional framework (having dictated the application of general provision from the Civil Code, etc.) and to the absence of an institutional machinery having the legal power to intervene in order to repair violations of consumers' rights.

## Chapter B

### Period since the adoption of the directive

#### 1. Main actors involved

The Greek Government has enacted the Law 2251/1994, in conformity to Directive 93/13/EEC. This law entered in force in 16 November 1994. Thus the transitory period in Greece is very short as the adoption of the directive dates on 5 April 1993.

The Greek legislator tried through the enactment of the consumer protection law to complete the existing institutional vacuum mentioned above and to introduce a new institutional machinery which could play a role in the field of consumer protection.

#### 2. Existing control instruments

The new Consumer Protection Law (2251/94) introduces a radical innovation of the means of consumer protection for two main reasons.

- (a) It includes important provisions covering all issues on consumer protection (products, advertisements, distance selling, after-sales services, producer's liability etc.); among those provisions we should note the ones adopted in conformity to Directive 93/13/EEC, as mentioned below.
- (b) It has been adopted in conformity to Directive 93/13/EEC (Article 2 of the law) and it has widened the list of unfair terms enumerated in Annex I of the directive. Besides, it has adopted provisions about the consumers' associations by empowering them to act on behalf of the consumers by filing preventive actions not only in case of unfair terms in consumer contracts (Article 2 of the law) but also in the rest of the cases of violation of consumers' rights (Article 10).

As a result of the abovementioned provisions of Law 2251/1994 and especially of Articles 2 and 10, a new era commences in the field of consumer protection in Greece.

#### 3. Methodology

The courts, in opposition to the period before the adoption of the directive are now 'equipped' with an institutional instrument in order to evaluate the contested terms.

In the majority of decisions, the legal basis of the decision-making body is the Law 2251/94. But in several cases the judge has been based directly on the provisions of the directive especially Article 4 in order to set the criteria of evaluation of the unfair character (or not) of a term.

As an example of the methodology adopted by the courts in this field, we refer to the decision No 1448/1998 of the Court of Appeal of Athens (given on a collective action contesting terms in a life-insurance contract).

In this decision the Court of Appeal has set the rules of control and the criteria of estimation of a term, in order to declare its abusive character or not. During this control the judge should consider the eventual contradiction of a term to the essential law provisions and especially to the prohibitive clauses listed in Article 2 paragraph 7 of Law 2251/94 (consumer protection law). Even if there isn't such a contradiction, the control should extend to the conformity or not of the term to the general principles of good faith and contractual habits, which are incorporated in the Civil Code.

Finally, the judge should turn to the provisions of Article 4 of Directive 93/13/EEC in order to reach his final judgment. The criteria set by the court regard mostly the ratio and the importance

of a term from a financial aspect. Through this general evaluation a term should be considered unfair not because it is not profitable for the consumer but because it leads to a disturbance of the balance between the rights and obligations of the contracting parties, to the consumer's detriment.

#### **4. Sectors of activity and types of contracts**

The main consumers' associations (E.K.PI.ZO, INKA, Union for the consumers' rights etc.) have filed collective preventive actions in order to have a court decision on widely interesting issues where the rights of consumers were violated.

As an example of the activities of the consumers' associations we should mention several collective actions against important service providers in order to contest the unfair terms included in their contracts:

- collective actions against banks in order to contest the validity of terms included in credit-card contracts;
- collective actions against telecommunication companies pleading the nullity of terms about the service-provision modalities, the determination of the prices, their readjustment etc.;
- collective actions against insurance companies concerning terms in life insurance and other insurance contracts and so on.

The court decisions given on those actions have declared the unfair character of several terms and have forbidden their application in future contracts, assuring a further protection in favour of the consumer. Some of the cases are still pending at higher courts due to the filing of appeals by the professionals.

It should also be noted that some actions have not yet been heard or the decision on them is still pending.

#### **5. Types of terms**

The terms often contested in consumer contracts independently on the sector of activity are those concerning the price fixing or the price modification of the service (or product), the extent of the provider's liability and the access to justice (means of evidence or determination of a certain jurisdiction).

#### **6. Legal and practical problems**

In order to evaluate the efficiency of Directive 93/13EEC it is essential to add to the elements given above that the activation of the directive in favour of the consumers is mostly observed when the following conditions are fulfilled.

- (a) A large number of consumers affected by the same (unfair) terms in the frame of a certain activity (a bank credit, an insurance contract, etc.), which raises publicity and leads to the intervention of a consumers' association.
- (b) A great supplier of services or goods possessing a dominant position in the market who has proposed the unfair terms in standard contracts to the same group of consumers.

On the contrary, the directive has very little helped the consumers in their transactions with thousands of small suppliers of products or services, where it is common to meet with unfair terms in individual contracts. This important issue is analysed in Chapter C combined with some thoughts in order to repair the diminished protection of consumers in those cases and to fortify the role of the consumers' associations which cannot be fully informed of those isolated incidents so as to react effectively.

## Chapter C

### Period from the adoption of the directive Until today — major implementation problems at national level

#### 1. Main actors and their roles

According to the thoughts and facts exposed in Chapter B, Law 2251/1994 which has been adopted in conformity to Directive 93/13/EEC introduces a new institutional framework concerning the consumer's protection.

##### (a) Consumers' associations

The abovementioned Law 2251/1994 establishes the power of the consumers' associations (counting 500 members at least) to represent the consumers before the courts and to file collective actions contesting terms in consumer contracts. In this way the consumers' associations are pointed out as the main actors ensuring the consumer protection at a practical level.

##### (b) The courts

As mentioned above (Chapter B, paragraph 3) the courts can ensure the consumer protection based on the new law.

The provisions of Article 2 of the abovementioned law, containing a more detailed enumeration of the unfair clauses listed in the Annex I of the directive, are of great importance combined with the provisions of Article 10 and following about consumers' associations and collective means of protection and assure a satisfactory outcome in practice.

##### (c) The national council of consumers

The National Council of Consumers introduced for the first time by the Law 1961/1991 is an advisory and consultative body of the Ministry of Commerce consisting among others of representatives of consumers and of professionals.

Its functions have been revised by the Law 2251/94 and its role has been strengthened by this law. One of the most important powers of this body is the power to express opinion about all projects of law concerning consumers. This body functions since 1995, so we estimate that it is very early to evaluate its role or its efficiency.

#### 2. Control instruments — methodology — sectors of activity — types of contracts and terms

As for the existing control instruments, the methodology of the courts, the sectors of activity, types of contracts and types of terms we are referring to the previous chapter where we have analysed the present situation. We should also add that our experience is inadequate as the implementation of the directive is very recent, and the relevant jurisprudence is not abundant.

#### 3. Legal and practical problems

Since the implementation of Law 2251/94 there has been marked a radical transformation in Greece in the field of consumer's protection.

Nevertheless, the activation of the law is restricted mainly in 'collective' preventive actions on issues of a general interest when a large number of consumers is confronted to a common and

general problem which raises publicity leading to the intervention of a consumers' association (mainly by filing an action).

So far the consumers' associations have resorted to justice for issues of major importance involving large numbers of consumers, such as the actions against banks contesting the validity of terms in credit-card contracts, against providers of telecommunication services pleading the nullity of terms about the supply of services and the relevant prices, against insurance companies contesting terms contained in insurance contracts of all types, which led to the declaration of the abusive character of many of such terms, their further application being forbidden. The main legal reasoning to condemn unfair terms was that in all cases of unfair terms a significant disturbance of consumers' rights was emerged because of the disputed term, which fell into one of the categories of Article 2 of Law 2251/94.

Besides, we should take into consideration the small number of actions filed against professionals which exhaust progressively all cases of unfair terms in standard contracts, as the consumers' associations have 'attacked' almost the totality of professionals providing services with such contracts (of adhesion) affecting massively the consumers.

Therefore, we realise that the efficiency or rather the activation of the directive depends on two factors.

- (a) The involvement of a large number of consumers facing the same problem which results to the intervention of a consumers' association, either because it has raised great publicity through the mass media or because many consumers have widely denounced it;
- (b) The existence of a great supplier of products or services provider, proposing the terms in printed standard contracts (mainly adhesion contracts) such as banks, insurance companies, telecommunication companies etc.

On the contrary, we notice that a great number of other fields of activity (ex commercial transactions) involving millions of consumers in everyday life are not covered by the means of protection established by the present law. Indicative of this fact is the situation in big stores which use contracts with standard terms printed by each store separately in sales of products of wide consumption (refrigerators, television sets, videos etc). Those terms regard both cases of payment in cash and of payment by credit.

It is obvious that such an 'anarchy' of thousands of non-standard contracts functions very often to the consumer's detriment, but no consumers' association intervenes to solve a consumer's problem, as it consists an individual case, despite the fact that it occurs to a large number of other consumers to face the same problem. Besides, it is comprehensible for a consumers' association to be unable to intervene to thousands of individual cases where diversified terms depending on the store or shopping centre are harmful to the consumers.

The absence of written contracts and therefore of relevant terms is also noticed in a number of professional activities of supplying products or providing services at — more or less — a considerable price which concern millions of consumers (damage repairs in houses, maintenance services etc.), who face the risk to fall victims of those suppliers. Although Law 2251/94 provides in Articles 2, 3 and 4 the stipulation of a contract with fair terms in all cases of transactions, practically this is not applicable in those thousands of individual cases.

As a conclusion to the thoughts exposed above we should say that the intervention of a consumers' association, wherever possible, has led to a new elaboration of contracts and terms by the great suppliers of services or goods but when the professionals are small suppliers with separate contracts or without a written contract, the consumer is not protected.

Obviously, in these cases it can't be raised as a question of an application of the Annex I of Directive 13/93/EEC (Article 2 Law 2251/94) or as an intervention of the consumers' association so long as there are no terms protecting the consumer and the performance of the contract depends on the professional's will.

A probable recommended solution to all of the above would be the following.

It must be adopted as an additional directive or an amendment of Directive 13/93/EEC, which will warrant increased measures of the consumers' protection, so that the State members will be engaged in the following.

1. Grouping (categorisation) of activities of product suppliers or of service providers.
2. Stipulation of basic protective terms concerning each supplier's or provider's category upon the initiative of the associations of or other competent national authorities (National Counsel of Consumers).
3. Incorporation of those terms to the consumer contracts of supplying goods or services and prohibition of unfair terms.
4. Obligation of the suppliers of goods or services to activate the contracts containing the protective terms.
5. Provision of sanctions to those who don't abide to the terms of paragraph 4.

It is obvious that in a case where all the above will be in force, the task of the consumers' association and the rest of national authorities will be no more suppressive (by taking legal actions which are finally difficult due to the fact that the groups of consumers can't undertake a unified action) but preventive in the meaning that a constant supervision will be conducted upon the conclusion of contracts with standard terms and the infliction of penalties to those who do not conform to the terms.

Consequently a general standardisation of basic terms (by the consumers' associations or by others responsible organs) and the obligation of incorporation of those terms per category in consumer contracts of the same economic sector, will assure a greater consumer protection provided that there are general penalties imposed on those who do not conform.

Besides, it would be appropriate to extend the application of Directive 13/93/EEC to other activities as it was the case with Directives 67/97/EC concerning the mail services, Directive 98/10/EC, concerning the phonetic telephony, the Recommendation 489/97, concerning the electronic transactions etc. which make reference to the application of Directive 13/93/EEC.

### **Final conclusions**

- (a) The implementation of Directive 13/93/EEC through Law 2251/94 was completely successful and the Greek consumers' associations have been quite active in filing collective actions against great service providers who contracts regarded large numbers of consumers.
- (b) It is requisite to increase the consumer's protection provided through Directive 13/93/EEC by its amendment or by adoption of a supplementary text establishing the obligation of all categories of products suppliers or service providers to apply basic protective terms for the consumers, categorised per sector of activities.
- (c) It is recommended to extend the field of application of Directive 13/93/EEC to other activities or sectors through the adoption of new directives covering those activities and making reference to the application of Directive 13/93/EEC (as it has happened with the above-mentioned directives).

# Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in the United Kingdom and the Republic of Ireland

Rapporteur: Brian St. J. Collins  
University of Ulster, Magee College  
Londonderry, Northern Ireland

## Chapter 1 Unfair terms law in the United Kingdom and Ireland prior to adoption of Directive 93/13/EEC

One of the fundamental principles on which the law of contract is based in common-law jurisdictions is that of freedom of contract under which the law has decided that parties to a contract should be free to include in their agreement any term which they desire. It is not the function of the law to make a person's contract for him. Many striking examples of this principle can be found in judicial pronouncements, some going back for many years — thus, for example, Sir George Jessel stated in *Printing and Numerical Registering Co. v Sampson*.

'If there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice'.<sup>(1)</sup>

Whilst the courts applied the concept of freedom of contract very rigidly, it became increasingly apparent that this policy could cause inequity, particularly in situations where business parties used standard-form contracts or enjoyed monopoly positions. In such cases there was no real agreement between the parties; the one using the standard-form contract was in a superior bargaining position to that of the other; there was no meaningful negotiation between them as to the terms of the contract which were presented on a 'take it or leave it' basis. It is not surprising therefore that business parties started to include in their contracts terms which were designed to avoid court proceedings or legal consequences should something in the contract go wrong. As the use of standard-form contracts became more widespread, judicial hostility to the unfair terms which they contained increased not merely because of the use of such terms but because in a large number of cases the consumer was totally ignorant of their very existence. Thus, over a number of years, the courts developed rules to protect consumers who are faced with unfair terms and the current position is that such terms may only be effectively relied upon if it can be shown that:

- (a) the term has been properly incorporated into the contract;<sup>(2)</sup> and
- (b) the term covers the actual event which has occurred<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> (1875) LR. 19 EQ. 462

<sup>(2)</sup> See, for example, *L'Estrange v Graucob* (1934) 2 KB. 394, (1934) AER 16; *Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co.* (1951) 1 KB. 805, (1951) 1 AER 631; *Saunders v Anglia Building Society* (1971) AC 1004, (1970) 3 AER 961; *Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd.* (1989) QB. 433, (1988) 1 AER 348; *Thompson v LMS. Railway* (1930) 1 KB. 41; *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd.* (1971) 2 QB. 163, (1971) 1 AER 127; *Olley v Marlborough Court Ltd.* (1949) 1 KB. 532, (1949) 1 AER 127; *Spurling v Bradshaw* ((1956) 2 AER 121, (1956) 1 WLR. 461; *Hollier v Rambler Motors* (1972) 2 QB. 71, (1972) 1 AER 199; *Chapleton v Barry U.D.C.* (1940) 1 KB. 532, (1940) 1 AER 365.

<sup>(3)</sup> See, for example, *Lee & Son (Grantham) Ltd. v Railway Executive* (1949) 2 AER 581, (1949) WN 373; *White v John Warwick & Co. Ltd.* (1953) 1 WLR 1285, (1953) 2 AER 1021; *Mendelsohn v Normand Ltd.* (1970)



The United Kingdom Parliament has also considered it appropriate to intervene on behalf of consumers and has enacted a number of measures designed for their protection <sup>(4)</sup> — the most important being the Unfair Contract Terms Act 1977. This act which became operative on 1 February 1978, was introduced in order to impose much needed control on the extent to which unfair terms could be effectively relied upon and such control takes basically two forms:

- (a) rendering certain terms ineffective (a black list) and;
- (c) subjecting other terms to a test of reasonableness (a grey list).

This legislative control is additional to the judicial controls mentioned above and represents a third hurdle which an unfair term must overcome.

In Ireland the rules relating to the incorporation <sup>(5)</sup> and interpretation <sup>(6)</sup> of unfair terms is basically the same as in the U.K. but the statutory control in this case takes the form of the Sale of Goods and Supply of Services Act 1980 which was to a very large extent based on the 1977 UK act. Thus the provisions of both acts are very similar.

The main provisions of the 1977 UK act, which applies only to liability arising in the course of business, are as follows:

Section 2 — excluding liability for negligence <sup>(7)</sup>;

Section 2(1) — ‘A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence’ <sup>(8)</sup>;

Section 2(2) — ‘In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness’ <sup>(9)</sup>

Section 3 — excluding liability for breach of contract or standard-form contract;

applies only to contracts where one of the parties is a consumer or where the contract is made on the basis of the business party’s standard-form contract <sup>(10)</sup>;

ss.2 permits the exclusion of liability in the following instances ‘in so far as... the contract term satisfies the requirements of reasonableness’:

---

1 QB. 177, (1969) 2 AER 1215; *Evans & Son (Portsmouth) Ltd. v Andrea Merzario Ltd.* (1976) 2 AER 930; *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd. v Malvern Fishing Co. Ltd.* (1983) 1 AER 101.

<sup>(4)</sup> See, for example, Fair Trading Act 1973; Consumer Credit Act 1974; Consumer Protection Act 1987.

<sup>(5)</sup> See, for example, *Roche v Cork, Blackrock and Passage Railway Co.* (1889) 24 LR (Ir) 250; *Miley v R & J McKechnie* (1949) 84 ILTR 89; *Sproule v Triumph Cycle Co.* (1927) NI 83; *Western Meats Ltd. v National Ice and Cold Storage* (1982) ILRM 101; *Sugar Distributors Ltd. v Monaghan Cash and Carry Ltd.* (1982) ILRM 399.

<sup>(6)</sup> See, for example, *Ronan v Midland Railway Co.* (1883) 14 LR (Ir) 157; *Millar v Midland Great Western Railway* (1905) 5 NIJR 202; *O’Connor v McGowen and Sons Ltd.* (1943) 77 ILTR 64; *Token Grass Products Ltd. v Sexton and Co.* (1983) unrep.; *Fitzpatrick and Harty v Ballsbridge International Bloodstock Sales* (1983) HC; *McCord v ESB* (1980) IRLM 153.

<sup>(7)</sup> The term ‘negligence’ has been given an extended meaning for the purposes of the act.

Section 1(1) ‘For the purposes of this part of this act, ‘negligence’ means the breach

(a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;

(b) of any common-law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);

(c) of the common duty of care imposed by the Occupiers’ Liability Act 1957.....’.

See also *Bolam v Friern Hospital Management Committee* (1957) 2 AER 118.

<sup>(8)</sup> See paragraph 1(a) of Schedule 3 to the Unfair Terms in Consumer Contracts regulations 1994 and in Ireland paragraph 1(a) of Schedule 3 to the European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) regulations 1995.

<sup>(9)</sup> See paragraph 1 (b) of Schedule 3 to the Unfair Terms in Consumer Contracts regulations 1994 and in Ireland paragraph 1(b) of Schedule 3 to the European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) regulations 1995.

<sup>(10)</sup> Section 3(1). provides — ‘This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other’s written standard terms of business’.

- (a) breach of contract by the business party;
- (b) a claim by the business party that he/she is entitled to render a contractual performance which is substantially different from that reasonably expected of him; <sup>(11)</sup>
- (c) a claim by the business party that he/she is entitled to render only partial performance or no performance at all of his/her contractual obligations. <sup>(12)</sup>

Section 4 — excluding liability by use of indemnity clauses: applies only in instances where a business party is seeking to enforce the indemnity clause against a consumer; permits the use of an indemnity clause if reasonable:

'A person dealing as consumer cannot by reference to any contract term be made to indemnify another person (whether a party to the contract or not) in respect of liability that may be incurred by the other for negligence or breach of contract, except in so far as the contract term satisfies the requirement of reasonableness' <sup>(13)</sup>.

Section 5 — excluding the liability of a manufacturer by means of a guarantee <sup>(14)</sup>:

In the case of goods which are of a type ordinarily supplied for private use or consumption, any term contained in a manufacturer's guarantee which purports to exclude or restrict his/her liability for loss or damage caused is totally void.

Section 6 — excluding the liability of a seller of goods or creditor for breach of the statutorily implied terms in sale of goods contracts and hire-purchase agreements;

the terms which are implied into sale of goods contracts by the Sale of Goods Act 1979 (as amended by the Sale and Supply of Goods Act 1994) <sup>(15)</sup> are:

Section 12 — implied term that the seller has the right to sell the goods <sup>(16)</sup>;

Section 13 — implied term that the goods match their description (and if sale also by sample, that they comply with the sample provided) <sup>(17)</sup>;

Section 14 — implied term that the goods are of satisfactory quality and reasonably fit for their purpose <sup>(18)</sup>;

Section 15 — implied term that the goods comply with the sample in terms of quality <sup>(19)</sup>.

<sup>(11)</sup> *Anglo-Continental Holidays Ltd. v Typaldos Lines (London) Ltd.* (1967) 2 Ll. Rep. 61.

<sup>(12)</sup> See speech of Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* (1967) 1 A.C. 361 at 432; also Devlin J. in *Firestone Tyre Co. v Vokins & Co.* (1951) 1 Ll. Rep. 32 at 38-39.

<sup>(13)</sup> The scope of indemnity and other excluding terms commonly found in standard-form contracts prior to the 1977 act prompted the following comment from a commentator in the *Guardian* newspaper 30 October 1972:

'Intrepid travellers on the cross-Channel routes have come up against amazing exclusion clauses in the small print on the tickets that rarely get read. Translating the legalese into practical terms, one such traveller concludes that: 'The combination of conditions 3, 5, 6, 9 and 11c allow Normandy Ferries to have an incompetent employee stow dangerous cargo insecurely alongside my car and to divert the vessel from Le Havre to, say, Bilbao. If, as a result, the incompetent captain is unable to cope with the rigours of the Bay of Biscay so that the pitching of the unseaworthy ship causes the dangerous cargo to come adrift and if, consequently, it blows up hurling my car into the air and sinks a passing fishing boat with all hands, then not only do I have no claim against Normandy Ferries but I also must indemnify them against all claims made against them'.

<sup>(14)</sup> See also the provisions of the Consumer Protection Act 1987 — and in Ireland — the Liability for Defective Products Act 1991 on the strict liability of manufacturers for injury, damage or loss caused by the production of a defective product.

<sup>(15)</sup> The Sale and Supply of Goods Act 1994 has substituted the term 'satisfactory' quality for the former 'merchantable' quality term.

<sup>(16)</sup> Section 12 also contains terms relating to the goods being free from undisclosed encumbrances and the buyer's right to quiet possession of the goods.

<sup>(17)</sup> *Beale v Taylor* (1967) 3 AER 253, (1967) 1 WLR 1193.

<sup>(18)</sup> This section does not apply to private sales — it only applies where the seller is selling in the course of business. There are also some other situations where the buyer may lose the benefit of these implied terms.

<sup>(19)</sup> *Godley v Perry* (1960) 1 AER 36, (1960) 1 WLR 9.

Similar terms are implied into hire-purchase agreements by Section 15(8)–(11) of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973.

The 1977 act provides that where one of the parties (in effect the buyer) deals as consumer, any term attempting to exclude the liability of the seller for breach of any of the implied terms in Section 15(12)–(15) of the Sale of Goods Act 1979 (as amended) or Section 15(8)–(11) of the 1973 act is totally void. If however the buyer (or debtor) is a business party liability for breach of most of the implied terms may be excluded provided it is reasonable.

The provisions of the Irish legislation in respect of implied terms in sale of goods contracts and hire purchase agreements is very similar to the United Kingdom legislation and the extent to which a business party is permitted to exclude or limit his/her liability for breach thereof is likewise almost identical.

Section 7 — excluding the liability of a transferor or bailor of goods for breach of the statutorily implied terms in contracts for the supply of goods.

The terms which are implied into contracts for the supply of goods are contained in Section 7(2)–(5) and (7)–(10) of the Supply of Goods and Services Act 1982 and are very similar to implied terms in sale of goods contracts. Likewise the provisions relating to the restrictions on the business party's ability to exclude his/her liability for breach of the implied terms is also very similar to sale of goods contracts <sup>(20)</sup>.

Section 8 — excluding the liability of a party in instances of misrepresentation:

This section applies to both business and non-business liability'

Section 8 permits the exclusion of a person's liability for misrepresentation and any legal remedies therefor provided it is reasonable <sup>(21)</sup>

Section 11 — deals with the reasonableness tests:

This section does not define what is meant by reasonable but merely indicates to the court exercises which should be performed in the search for reasonableness and the relevant exercises differ depending upon whether the excluding term is contained in a contract <sup>(22)</sup> or a non-contractual notice <sup>(23)</sup>.

Particular attention should be paid to Section 11(2) which specifies the types of contracts where additional matters are to be considered in relation to reasonableness and it directs us to the guidelines in Schedule 2. The types of contracts concerned are sale-of-goods contracts, hire-purchase agreements and contracts as a result of which the possession or ownership of goods passes and the guidelines are as follows:

1. The strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met <sup>(24)</sup>;

<sup>(20)</sup> Section 7 permits the exclusion of liability in respect of the transferor's or bailor's failure to transfer ownership or possession of the goods in contracts for the supply of goods other than sale or hire-purchase.

<sup>(21)</sup> *Walker v Boyle* (1982) 1 WLR 495, (1982) 1 AER 634.

<sup>(22)</sup> Section 11(1) 'In relation to a contract term, the requirement of reasonableness..... is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been known to or in the contemplation of the parties when the contract was made'.

See, for example, *Woodman v Photo Trade Processing Ltd.* (1981) Times Business News June 29 1981; *British Crane Hire Ltd. v Ipswich Plant Hire* (1974) 1 AER 1059

<sup>(23)</sup> Section 11(3) 'In relation to a notice..... the requirement of reasonableness under this act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or... would have arisen'.

<sup>(24)</sup> See Schedule 2 — Assessment of good faith — Unfair terms in consumer contracts regulations 1994 — and in Ireland Schedule 2 to the European Communities (unfair terms in consumer contracts) regulations 1995; see also *Levison v Patent Steam Carpet Cleaning Co. Ltd.* (1977) 3 WLR 90.

2. Whether the customer received an inducement to agree to the term or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term <sup>(25)</sup>;

3. Whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties) <sup>(26)</sup>;

4. Where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable <sup>(27)</sup>.

Note that almost identical guidelines are now relevant in the assessment of good faith under Schedule 2 to the unfair terms in consumer contracts regulations 1994.

Once again the relevant provisions of the Irish legislation in this connection are very similar. However instead of having to show that an excluding term is reasonable in non-consumer transactions, under the Irish law it must be shown that the term is fair and reasonable but in that determination the schedule to the 1980 Irish act uses almost exactly the same guidelines as those found in Schedule 2 to the 1977 UK act above.

Section 12 — defining the term 'dealing as consumer':

Section 12(1). 'A party to a contract' deals as consumer in relation to another party if:

- (a) he neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so; and
- (b) the other party does make the contract in the course of a business, and
- (c) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire purchase, or by Section 7 of this act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption. <sup>(28)</sup>

Section 3 of the 1980 Irish Act which defines the same term is almost exactly the same as that above.

Section 13 — providing that the provisions of the act apply equally to indirect excluding terms; ss.1. 'To the extent that this part of this act prevents the exclusion or restriction of any liability it also prevents:

- (a) making the liability or its enforcement subject to restrictive or onerous conditions;
  - (b) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy;
  - (c) excluding or restricting rules of evidence or procedure;
- and.....' <sup>(29)</sup>.

<sup>(25)</sup> *Woodman v Photo Trade Processing Ltd.* supra n.22. See also for earlier example Section 7 of the Railway and Canal Traffic Act 1854 — the railway companies offered their customers two alternatives, to have the goods carried at the risk of the company for a price within the scale laid down by Parliament or at a lower price but with a corresponding reduction in the types of loss for which the company would accept responsibility. It was up to the customer to choose which option he desired and provided that the carrier could prove that he had offered the customer a fair alternative, the arrangement was presumed to be just and reasonable. See also *Peek v North Staffordshire Railway* (1863) 10 HL 473.

<sup>(26)</sup> *Spurling v Bradshaw* supra n. 2; *British Crane Hire* case supra n.22.

<sup>(27)</sup> *Ernest Beck & Co. v Szymonowski & Co.* (1924) AC 43.

<sup>(28)</sup> Section 12(2) provides that in a sale by auction or by competitive tender, the buyer is not regarded as dealing as consumer. The provisions in Section 3 of the Irish Sale of Goods and Supply of Services Act 1980 are the same.

<sup>(29)</sup> See, for example, *Atlantic Shipping Co. v Dreyfus* (1922) AC 250; *Ernest Beck & Co. v Szymonowski & Co.* supra n. 27; *Lowe v Lombank Ltd.* (1960) 1 AER 611.

Deficiencies in unfair terms law prior to directive.

1. In both the British and Irish jurisdictions the only method of challenging the use of unfair terms is by legal proceedings and the initiative for commencing and progressing such proceedings is left to individual consumers. Consequently, very few such challenges despite the existence of small claims courts.

2. Sanction imposed upon a party using unfair terms is totally ineffective. If a term is proved in court to be unfair, it is disregarded and considered as removed from the contract which continues in existence without the unfair term. This is not a deterrent and indeed a business party may continue to use unfair terms — in the full knowledge that they are unfair — deliberately to mislead consumers and knowing that the chances of litigation in court are minimal.

3. No provision to prevent parties from inserting unfair terms into contracts in the full knowledge that they may be challenged but also, as mentioned above, aware of the fact that the threat of legal proceedings is minimal. Evidence gathered after the introduction of the 1977 act clearly demonstrated that this practice was widespread.

It is against this consumer protection background in the United Kingdom and Ireland that Directive 93/13/EEC was implemented.

## Chapter 2

### Changes following adoption of Directive 93/13/EEC.

Directive implemented in United Kingdom — unfair terms in consumer contracts regulations 1994

Directive implemented in Ireland — European Communities (unfair terms in consumer contracts) regulations 1995.

Enforcement of directive: The most important change which has resulted from the adoption of the directive in the United Kingdom and Ireland is clearly the method of its enforcement. Under Article 7 Member States were to ensure that 'adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms' and that 'persons or organisations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers' could refer the question of whether a term was unfair either to a court or to an administrative tribunal. This has been implemented into United Kingdom law by imposing a duty on the Director-General of Fair Trading to take preventative steps against the use of unfair terms.

In Ireland the Director of Consumer Affairs has been given the power to apply to the High Court for an order prohibiting the use or continued use of unfair terms. In deciding whether or not to grant an order the Court is required to take into account all interests involved including in particular the public interest. A significant difference between the United Kingdom and the Irish regulations which is worthy of note is that under the UK regulations, the Director-General of Fair Trading can only apply to the court once he has received a complaint from a consumer, a consumer representative, a trading standards department or so forth. There is no such restriction on the Irish Director of Consumer Affairs under the Irish regulations and consequently he has taken a proactive stance in relation to the use of unfair terms in consumer contracts. His powers under the regulations are supplemented by his being granted the authority to appoint authorised officers who have extensive powers for the purpose of obtaining information required to enable the Director to effectively discharge his functions under the regulations and their powers include the power to enter premises and require persons to provide information and produce company records and other relevant documentation.

Paragraph 8 of the UK regulations provides that the Director-General is under a duty to consider any complaint which is made to him that a term 'drawn up for general use' is unfair. There is no restriction on the persons who may complain and once a complaint has been made, unless it appears to be frivolous or vexatious, the Director-General must investigate it. If he considers that a term complained about is unfair, he may either bring proceedings for an injunction against the person using or recommending the use of the term or he may get an undertaking against the trader involved in respect of the continued use of the term. Once he has come to his decision about the appropriate course of action to take, he is under a duty to give his reasons for the course of action adopted. Should he decide to apply to the court for an injunction, the court is empowered to grant it on whatever terms it considers appropriate and the injunction can be addressed not just to the trader concerned but also to a relevant sector of industry. This also applies in respect of a term which has not actually been used but which is being recommended for use.

This duty on the Director-General is quite novel and there is clear evidence from the number and nature of the complaints made to him that unfair terms are being very widely employed by business parties and that the provisions of the Unfair Contract Terms Act 1977 are being blatantly disregarded. To date, court proceedings have not been brought against any traders as most businesses are prepared to remove offending terms when requested to do so and sine the

implementation of the directive in the United Kingdom, the Director-General has been engaged in a proactive information campaign explaining the effects of the regulations by means of the periodic publication of the unfair contract terms bulletins. As stated in Bulletin No 5:

‘The OFT believes that publishing information about its enforcement of the regulations is particularly important. Lack of awareness of the legislation and its radical impact on contract drafting has made for some difficulties in getting contracts improved. It is only fair to say that, in the past, solicitors who have wished to draft fairly have had to navigate largely without maps. The OFT has been attempting to meet the need for guidance and precedents in various ways, for instance..... through a series of bulletins which explain its approach, report on each case and provide numerous examples of terms considered fair and unfair’.

Perhaps the most unfortunate aspect of this very useful mechanism for challenging terms is the fact that, to date, unlike a number of our European partners consumer organisations have not had the right to challenge terms or claim on behalf of consumers. However, the current UK Government has indicated that it intends to legislate for the necessary power to be granted to consumer bodies which have a ‘legitimate interest under national law in protecting consumers’. It is currently proposed that any organisation which satisfies one or more of the following criteria be eligible to act on behalf of consumers <sup>(30)</sup>:

- (i) any organisation or body with a statutory duty to protect or act in the interests of consumers or a specific group thereof — this clearly would apply to such bodies as the General Consumer Council for Northern Ireland, the National Consumer Council, the Director-General of Telecommunications and so forth;
- (ii) any organisation or body with a statutory duty to enforce consumer protection legislation — for example trading standards departments;
- (iii) non-governmental public organisations or bodies charged with representing the interests of consumers in general or in a particular sector — for example, Transport Users Committee, Electricity Consumers Committee and so forth;
- (iv) any charity or corporate or private body which can demonstrate most of the following conditions:
  - (a) that it has a legal personality;
  - (b) that its constitution provides that its main purpose is to act in the interests of consumers and specifies its rules of membership thereto;
  - (c) that it has acted in the consumer interest during the preceding two years;
  - (d) that it is non-party political;
  - (e) if the body relates to one particular sectoral consumer interest, that the proposed court action relates closely to that specific area, and;
  - (f) if the organisation or body has a trading arm, that any profits made are used to fund its consumer interest work or to provide consumer advice and information.

The court is to be given the discretion to recognise bodies falling within (iv) above which do not satisfy all the relevant criteria provided it is satisfied that they have a ‘legitimate interest’ in bringing the case in order to protect the consumer interest. To the same extent, the court may exclude bodies which despite complying with all the necessary criteria are considered by it not to have the said interest. From a purely practical viewpoint, it may be that the possible granting of locus to the above appropriate bodies may assume lesser importance because of the very energetic

---

<sup>(30)</sup> See ‘Widening the scope for action under the unfair terms in consumer contracts regulations’ — Department of Trade and Industry Consultation Paper January 1998.

policy which has been adopted by the Office of Fair Trading in combating the use of unfair terms and this body has now become expert in this arena. It is unlikely that a consumer council or some other interest related body, with limited resources, would wish to employ an alternative vehicle for challenge which could result in a more formal, protracted and costly process.

### **Number of complaints**

There has been, what can only be described as a staggering increase in the number of complaints made about unfair terms in consumer contracts in the United Kingdom. Prior to the implementation of the directive, in any calendar year, a mere handful of cases were heard in the small claims courts. Between 1 July 1995 and the end of 1998 the Office of Fair Trading has considered in excess of 3 000 complaints, 75 % of which have required some form of action and in more than 1 200 instances business parties have either deleted some terms completely from their contracts or appropriately revised them. It has not yet been necessary to take a trader to court and in every case examined where the Office of Fair Trading considered terms to be potentially unfair, it has managed through discussions and negotiations to persuade business parties to make suitable changes to their terms. However in some cases the Director-General has deemed it necessary to extract from business parties a formal undertaking to cease the use of terms complained about and to use more acceptable terms in future transactions <sup>(31)</sup> and there have also been several instances where agreement was only reached when it became clear to the business party that an application to the High Court for an injunction was imminent

Approximately 50 % of the complaints submitted are made by trading standards departments and consumer advice agencies and it is encouraging that a number of consumers are sufficiently well informed to be able to submit appropriate complaints. The use of unfair terms is not restricted to any one or two business sectors, valid complaints have been dealt with, for example, in business sectors as diverse as double glazing (particularly problematic), public broadcasting, educational services, telecommunications (mobile phone contracts substantially revised), motoring services, credit card services, insurance, holiday and tour operations, football clubs, beauty parlours, car sales, burglar alarms, gas supply and mail order. <sup>(32)</sup>

The Office of Fair Trading also carries out a monitoring function to establish the extent to which undertakings given by business parties are being complied with and it is encouraging to note that to date there is very little evidence to suggest that terms considered to be potentially unfair are still being used by the business parties concerned.

### **Advice activities of the Office of Fair Trading**

In addition to the outstanding success of the Director-General in combating the use of unfair terms, he has also been involved in discussions with a number of trade associations in providing them with guidance in relation to new and revised standard terms recommended for use by their members. For example, recently a new standard-form contract was drawn up by a vehicle rental and leasing trade association <sup>(33)</sup> the membership of which included 85 % of the companies operating in that sector. The new standard-form contract was drawn up following an approach by the Director-General and the trade association also enlisted the help of the Plain English Campaign.

---

<sup>(31)</sup> For example, an undertaking was given by Abbeyflow Ltd, a firm which installs plumbing facilities which was found to have no less than 37 potentially unfair terms in its standard-form contract.

<sup>(32)</sup> One of the mail order companies whose terms were successfully challenged was called 'Trotters Direct' and some of the contract terms used were very similar to the type of terms likely to have been used by the (fictional) Trotters Independent Traders; eg. 'No porkies here'.

<sup>(33)</sup> British Vehicle Rental and Leasing Association.



As mentioned above, the Director-General has adopted a very proactive role in informing both consumers and business parties about the effects of the regulations and has to date published a number of guidelines and other relevant materials in the periodic bulletins published by his office. Some examples of this include:

- where, following a complaint, a term which has been considered potentially unfair is revised, both the unfair and the revised term are documented in the appropriate bulletin and are intended to provide business parties with some guidance in the drafting of fairer terms;
- advice and guidance for business parties on how to meet the plain and intelligible language requirement of the regulations has been provided;
- as particular and very frequent unfair terms problems were experienced in double glazing operations, the Office of Fair Trading published advice to business parties in its guidance document on Home Improvements contracts in which it highlights the potential for unfairness of many of the standard terms found in such contracts;
- in Bulletin No 4 (December 1997) there is a brief guide to identifying unfair terms and this is intended to assist in particular trading standards departments and consumer advisers.

One of the main problem areas identified by the unfair terms unit of the Office of Fair Trading related to the widespread use of unfair disclaimers in public notices in, for example, car parks and in particular the issue of tickets referring to sets of rules and conditions to be found elsewhere and of which the consumer was ignorant. In this regard the Director-General contacted in excess of 500 local authority chief executives, railway operating companies and other relevant traders alerting them to the need to review such notices and tickets to ensure that they comply with the regulations.

Furthermore the Director-General has stated that it is planned to produce, in a separate publication, a 'directory' of specimen terms found in the more significant cases which have been or will be submitted to him and which are considered to be potentially unfair. This publication will be updated and reissued as required and is intended to provide advice and guidance to both traders and consumer related organisations.

Currently discussions between the Office of Fair Trading and relevant trade associations are ongoing concerning the use of 'full payment in advance' clauses in home improvement contracts which the Office of Fair Trading has clearly stated are unfair.

A more recent innovation is the decision to 'group together' cases where the potentially unfair terms used across a sector of business are similar or identical. This procedure has the advantage of dealing with a larger number of traders rather than a single individual or firm and trade associations can also become involved. This approach has already been particularly successful in having the terms of standard-form contracts of mobile phone companies revised to be more acceptable. This success should not be under-estimated as the sector in respect of which the majority of complaints was received is that of mobile phones.

There has been a much smaller number of complaints made to the Director of Consumer Affairs in Ireland who, as mentioned above, has adopted a proactive approach providing advice and guidance to business sectors and he has been successful in having the terms used in a number of consumer contracts amended to comply with the regulations.

### **Core terms**

One category of terms to which the directive and the implementing regulations does not apply is that of 'core' terms which are terms that define 'the main subject matter of the contract' or which concern 'the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services sold or supplied' provided that they are expressed in plain intelligible language. Whilst the

concept of 'core' terms and their non-challengeability in fairness terms is familiar in most western European jurisdictions, this is not the case in the common-law jurisdictions nor in the Nordic countries<sup>(34)</sup>. The major difficulty which is involved in respect of these 'core' terms as far as the United Kingdom and Ireland are concerned relates to the application of the concept of the 'main subject matter of the contract'. In most instances it is relatively easy to determine the meaning and scope of clauses which define the contractual obligations undertaken but it is almost inevitable that if a case were to come before the British or Irish courts concerning the use of an excluding term in a contract, the judges are likely to have to re-open the former debate on the function of contractual terms and decide whether a particular term is aimed at excluding or limiting liability or whether it is obligation-defining. The main proponent of the view that excluding clauses can be obligation-defining is Professor Coote although the problem was being addressed by the judiciary as far back as 1874 in *Jackson v Union Marine Insurance Co.*<sup>(35)</sup> In more recent times judicial support for his view has been expressed by, *inter alia*, Lord Wilberforce, Kerr J. and Diplock, L. J. and perhaps the most important judgment in this context is that of Donaldson J. in *Kenyon Son and Craven v Baxter Hoare and Co.*<sup>(36)</sup> where he stated:

'Protective conditions are of three distinct types: first, those which limit or reduce what would otherwise be the defendant's duty; secondly, those which exclude the defendant's liability for breach of specified aspects of that duty...'

Unfortunately no clear criteria have been established for determining into which category excluding terms should fall and each such term will therefore have to be dealt with on an individual basis. This interpretative problem has not presented itself under the Unfair Contract Terms Act 1977 as this act is based on the premise that excluding terms are potential defences to accrued rights of action but it may well present itself under the regulations as there is the benefit of non-challengeability if the business party can establish that the term in question is in fact obligation defining.

To date the Office of Fair Trading has not appeared to have had any difficulty in this area as it has decided that the only terms that can be considered to be 'core' are those that are central to how the consumer perceives the bargain and that the consumer should be given the opportunity to see and read those terms before entering into the contract. It is to be hoped that in future complaints to the Office of Fair Trading or cases before the courts the issue of the function of excluding terms does not become a major problem. It is interesting that in the Office of Fair Trading bulletins there is an increasing number of complaints which the Director-General has determined relating to defining the main subject matter of the contract and do not therefore fall within his remit:

May 1996 Bulletin No 1 — 14 complaints;

September 1996 Bulletin No 2 — 21 complaints;

March 1997 Bulletin No 3 — 26 complaints;

December 1997 Bulletin No 4 — 45 complaints;

October 1998 Bulletin No 5 — 74 complaints.

<sup>(34)</sup> Thus, for example, under the provisions of the Finnish Consumer Protection Act 1994 the price being charged for goods or services may be challenged and adjusted: In the United Kingdom under certain provisions of the Consumer Credit Act 1974, the Sale of Goods Act 1979, the Supply of Goods and Services Act 1982 and some common-law contractual principles, a party may challenge the price being charged for the goods or services if he/she considers it to be unreasonable. In contracts for services, the 1982 act provides in Section 15 that the price to be charged for the service must be a reasonable one (although the ease with which this implied term may be excluded robs the provision of most of its usefulness).

<sup>(35)</sup> (1874) LR 10 CP 125

<sup>(36)</sup> (1971) 2 AER 797 at 711

## Good faith

Another vitally important development which has occurred in British and Irish law as a result of the implementation of the directive is the importation of the principle of good faith into the law of contract. Whilst, to date, no insurmountable problems have been experienced in the application of this concept, the good faith requirement is one which formerly has had no application to consumer (or commercial) contracts in general. Hitherto under British and Irish law the main areas in which this requirement has existed are the law of insurance — the contract in this case being one of the utmost good faith on the part of the insured — and some areas of the law of equity such as the rules on undue influence, penalties, forfeiture and mistake. As indicated above, in the United Kingdom the Office of Fair Trading has been particularly energetic in applying the fairness criteria to terms referred to it and it has stated that good faith is an umbrella term consisting of different components in different situations. The concept does not, in its view, equate to an absence of ‘bad faith’ in the sense of dishonest or deceptive conduct in the way a term is likely to be used but approximates to trading according to the benchmarks of good industrial practice including matters such as the adoption by business parties of agreed voluntary codes of practice, whether the business party’s marketing practices, documentation and administrative procedures enable consumers to know exactly what they are doing and the explanation of the content and significance of terms and conditions to consumers prior to the making of the contract. It has identified the following criteria as being of importance in searching for good faith:

- the key factor is the issue of transparency — the way in which the terms and conditions of the contract are disclosed and explained to the consumer;
- the availability and use of pre-contractual brochures and information leaflets providing sufficient background information to the contract to enable consumers to make an informed judgment and evaluation of its significance;
- the granting to consumers of appropriate cooling off periods during which they may cancel the contract without the imposition of a penalty;
- the provision of written or oral warnings to consumers advising them to read the contract before signing;
- whether consumers are given a reasonable period of time to study the details of the contract, should they wish to do so, before signing;
- the use of terms and conditions which are readily understandable without the necessity for legal advice; in this connection the Office of Fair Trading has stated that the phrase ‘this does not affect your statutory rights’ is a prime example of a statement which, without further explanation, is meaningless to consumers.

Thus, for example, terms which:

- give to the business party an unrestricted discretion to vary the terms of the contract, particularly its main terms, after the making of the contract;
- impose a penalty for breach of contract whether or not of a financial nature which is out of all proportion to the significance of the breach of contract;
- deny liability for promises and representations made by persons acting on behalf of the business party or likely to appear to a reasonable person to be authorised to make them on his behalf;
- refuse redress for the business party’s negligence particularly where the exclusion of liability purports to cover death and personal injury;
- exclude liability for failure to perform the contract other than for reasons beyond the business party’s control;
- have all been held to be unfair.

### Insurance contracts

Another benefit accruing to British consumers as a direct result of the implementation of the directive is the added protection that they now receive when entering into insurance contracts. At the time when the Unfair Contract Terms Act 1977 was passing through the necessary parliamentary procedure, a very energetic, and it later transpired, successful bid was made by the United Kingdom insurance industry to ensure that the provisions of the act should not apply to insurance contracts. Thus the inclusion of aspects of insurance contracts within the remit of the directive and its implementation in the United Kingdom was a most welcome development. It should of course be remembered that the non-challengeability of 'core' terms assumes a particular significance in relation to these contracts as was clearly stated in Recital 19 of the directive:

'.. in insurance contracts the terms which clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer's liability shall not be subject to such an assessment since these restrictions are taken into account in calculating the premium paid by the consumer'.

Despite this restriction on the nature of insurance contract terms which can be challenged, consumers have benefited from the requirement that all written terms of a contract must be expressed in plain intelligible language and in cases of doubt, the interpretation most favourable to the consumer will prevail. It was recognised that this provision could cause a large number of insurance contract terms to be revised in order to render ineffective the insurance companies' tradition of using contract terms which are almost indecipherable to consumers or whose terms are presented in rather archaic or legalistic style. An appropriate example of this is provided by the following clause which was successfully challenged by a consumer under the UK regulations and determined by the Office of Fair Trading to be unfair:

'Loss or damage by theft not involving entry to or exit from the buildings, of which the private dwelling forms part, by forceable and violent means, or any attempt thereat, or by malicious damage is excluded from the insurance provided by Schedule 2 unless property is contained in the private suite or rooms comprising the insured's flat'.

Furthermore the Office of Fair Trading decided in the case of another challenge by a consumer that if the core terms — in this case the terms defining the main subject matter of the contract — are not sufficiently drawn to the consumer's attention at the time that the insurance contract is entered into, they are not entitled to the exemption from the fairness test. In this contract the company provided mechanical breakdown insurance for motor vehicles but a crucial term was hidden in that it only appeared on a sticker on the back of the policy document.

In two other interesting insurances cases, and it should be highlighted that there have been very few challenges to insurance contract terms, terms have been determined to be unfair where (i) the terms of the travel insurance policy were not easily legible as they had been printed in unacceptably small print using lightly coloured ink on paper which was transparent and (ii) the company provided life cover, accident and sickness cover and redundancy/unemployment insurance but stated that a policy holder could only claim for disability if the 'incurred' date occurred while he/she was in full time employment; the definition of 'incurred' date by the company was the day after the claimant's last day in full time employment which meant that no policy holder could possibly claim for disability.

Other insurance complaints dealt with by the Office of Fair Trading have been dealt with on the bases of the plain and intelligible requirement — 2 cases, attempted exclusions of liability, including death and personal injury — 2 cases and the compulsory reference of a dispute to arbitration — 1 case.

## Chapter 3

### Current tendencies and implementation problems

#### Effect of the unfair term

One of the major shortcomings with the directive and its implementation in the United Kingdom and Ireland concerns the sanction which is imposed upon a business party for using unfair terms. Paragraph 5 of the UK regulations and paragraph 6 of the Irish regulations provide that any unfair term in a contract with a consumer will not be binding on the consumer while the other terms continue in existence and bind both parties except if the contract is not capable of continuing in existence without the unfair term. The weakness of this sanction is that it is the same as that found in Sections 2(2) and 3(2) of the 1977 unfair contract terms act and, as mentioned above, despite the operation of the act for more than 20 years, there was conclusive evidence to show that a very large number of contracts contained terms which were ineffective under the legislation. It may well be that until an effective sanction is imposed for the use of unfair terms, consumers and their representatives will face a continuing and uphill struggle.

There are many examples which currently exist within the Member States which could have been adopted in the directive and which would have been likely to be more effective. For example, in Luxembourg, Articles 5 and 6 of the Consumer Protection Act 1983 give a court the power to declare the terms of a consumer contract null and void and if a business party uses a term which has been declared void against him/her, he/she is liable to a substantial fine. In Portugal, legislation exists which provides that certain terms may not be used in consumer contracts and if in spite of this such terms are used, the entire contract can be declared null and void. Similar provisions exist in Spanish law under Article 10 of its Consumer Protection Law, 1984.

Greater protection would have been afforded to consumers had the directive stated that in cases where an unfair term is used that term would be void and the consumer would be given the option of deciding whether or not to continue with the contract.

#### Plain intelligible language

This is another provision of the directive where the sanction imposed is ineffective. Under Article 5 of the directive and its implementing legislative measures, failure by the business party to state any of the contractual terms in plain intelligible language resulting in doubt as to their meaning results in the interpretation most favourable to the consumer prevailing. This is the only sanction which is imposed upon a business party for failure to use the appropriate language and it fails to deal with the possible problem of such a term having two or more interpretations each of which is unfavourable (to differing degrees) to a consumer. In such an instance the consumer is still disadvantaged as even though the interpretation most favourable to him has been adopted, he/she is still subjected to a disadvantageous interpretation and has no other available remedy. Perhaps any term which fails the plain, intelligible language requirement should be deemed to be unfair per se.

Finally it should be mentioned that an academic challenge has been made to the Irish implementation of the directive based on the assertion that it infringes Article 15(2) of the Irish Constitution. A leading commentator has stated that Article 129 A(1) 'does not vest in the Community a general competence to legislate in respect of consumer policy.... The power of the institutions therefore to legislate in respect of the harmonisation of national rules on consumer contracts depends on a prior determination that those specific national rules fall within the scope

of Article 30. Where these rules do not hinder interstate trade the Community has no preemptive power; the competence to legislate remains with the national parliaments'. However, in this, as in the vast majority of cases of the transposition of European directives into Irish national law, it was achieved by virtue of a ministerial act but as the Community had no competence in this area, only the Irish Parliament had the necessary competence. Thus the transposition is invalid as Article 15(2) of the Irish Constitution provides that only the 'Oireachtas shall have competence to make law for the country'. It remains to be seen whether this constitutional point will be raised in some future proceedings by an Irish litigant.

# Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Italy

*Rapporteur: Rossella De Negri*

## I. Situation preceding the adoption of the directive.

Before the adoption of Directive 93/13/EEC, Italy could boast a primacy: that of being the first European country which had adopted a regulation about unfair terms, in the Civil Code of the year 1942, precisely at the Articles 1341 (Standard conditions of contract) and 1342 (contracts made by means of forms or formularies). However, by that time, the Italian polity also enjoyed another primacy, this one not as positive as the former: that of being the only country in the Community which had an exclusively formal regulation to protect consumers from unfair terms.

Truly, the specific written approval required by the above mentioned rules for the effectiveness of onerous or unfair clauses contained in the general conditions, soon appeared to the juridical doctrine very far from assuring a real participation of the adherent, whether he or she is a consumer or a professional, in the making of the contractual regulation.

Since this was the available legislative instrument, it followed that the control made by the appointed bodies (courts) was likewise formal. In short, the evaluation of the judge — who, substantially, conceptually superimposed the phenomenon of the general conditions of the contract and the different (although most times coincident) hypothesis of the adhesion contract, developed as follows:

- (a) By verifying that the term in dispute was included in the list indicated at the Article 1341, 2nd paragraph Civil Code. With this object in view, it must be noticed that jurisprudence <sup>(1)</sup>, on the basis of the directions of the doctrine, considered the list compulsory and, therefore, susceptible of liberal construction but not of reasoning by analogy.
- (b) By verifying the existence of a specific subscription of the same term (as required by the same Article 1341, 2nd paragraph of the Civil Code), directed to assure a supposed knowability of the unfair term from the contractor before its acceptance. In case the subscription was found, the clause would certainly be considered effective and exceptionable against the consumer. About the 'specificity' of the subscription, jurisprudence showed an inclination to recognise it also in the presence of a simple recall to the serial number through which the clause had been inserted in the general conditions.

As regards the effectiveness of the terms not contained in the list of the Article 1341, 2nd paragraph, and not referable to it on the ground of the abovementioned criterion of liberal

---

<sup>(1)</sup> In order to avoid misunderstandings connected with the controversial use of the word 'jurisprudence' in English, it should be noticed that the same has been used in this document with exclusive reference to the decisions of the courts.

construction, jurisprudence did not even request the condition of the *ad hoc* subscription. To give an example, penalty and express defeasance clause were considered binding anyway, as they were an effect of the freedom of contract recognised by the Article 1322 of the Civil Code.

One can affirm that the Italian jurisprudence, unlike it happens in the other Member States, and despite the encouragement of the doctrine, has almost never resorted to the general clause of good faith (Articles 1375 and 1337 Civil Code). Under this perspective, one could paradoxically say that the existence of specific rules about the general conditions of the contract in the Civil Code of the year 1942 has brokered the constructive contribution of the Italian Court, which limited itself to the pure application of the articles specifically dedicated to the case in point.

Among the clauses considered unfair, more often brought to the sift of the judicial review, one mentions those directed to limit or exempt the professional from liabilities that, otherwise, would weigh on him, to assure a rescission of contract, to impose jurisdictions favourable for the professional or ouster of jurisdiction of the ordinary judicial authority.

The areas concerned were many. jurisprudence has been particularly rich within the banking and insurance contractual ambit, where the lack of clearness in their formulation needs to be added to the objective unfairness in the content of some clauses, both for the existence of highly technical concepts and terminology and for the complexity of the connection between a contract and its relative enclosures, or among general, special and particular conditions.

Beside judicial interventions, for many years, the Italian system has not provided for any sort of administrative control. Recent regulations for specific sectors have introduced administrative controls on unfair terms, promoted by bodies outside the public administration, but in an indirect and general way directed not to protect the consumers' interests but to assure the prevalence of the general public interest. Among the most important bodies of administrative control, CONSOB (for the control of the companies listed on a stock exchange) and ANTI-TRUST (competition and market authority) are mentioned. Moreover, it is necessary to refer to the supervision of the Bank of Italy on the activities of banks and financial intermediaries, and of ISVAP, on the activities of insurance companies.

The legislative directions turned to the administrative controls of the contractual ambit of specific sectors aimed at assuring clearness of information for the market (and, therefore, also for consumers) more than to balance the privity of contract. There is an example of this in the discipline contained in the title VI ('Transparency of contract terms') of the consolidated act of the laws about banking and credit matters (legislative decree 385/93).

Beside forms of administrative intervention in relevant specific sectors, it is worth pointing out the absence of whatever kind of legislative provision for a direct administrative control on the contractual ambit of small and medium-sized firms, where the phenomenon of associationism appears less widespread and not devoid of heavy contradictions.

Finally, during the years, important associations of undertakings have drawn up contractual regulations, often submitted to the review of the courts, which, as to this subject, have drawn up models of corrective intervention with solutions subsequently passed by the legislature (this hypothesis happened in the case of the so called open-end guarantee and in the discipline of currencies in contracts of giro accounts, cases of which also the Competition and Market Authority took care).

Therefore, if the review of unfair terms has been, at least in the usual procedure, an exclusivity of the judicial system, it must be said that the limitation of the means has come out to be even more increased by the absence, in the Italian trial system, of forms of *class action* that could extend the final decision *ultra partes*, as well as of general forms of judicial protection of public or general interests. The possibility for professional associations to activate controls turned out to be so heavily penalised by the lack (or inexistence) of legislative instruments, as well as by



the scantiness of economic resources. In fact, the Italian consumers' associations, unlike those of other countries, were not admitted in any official financing support and exist on a voluntary basis.

In the light of what has been stated up to now about control systems, it is obvious that the contractual models used in Italy certainly showed many onerous clauses, which were not deprived of effectiveness but, on the contrary, resulted exceptionable for the only reason that they had been subscribed by the adherent, perhaps unintentionally or without a total comprehension of the proposed terms.

The legitimate use that Italian enterprises made of unfair terms let them enjoy, for many years, an 'annuity of position' and be favoured if compared to enterprises of other countries which were much more bound by the non-use of clauses that turned to their advantage but were onerous for the consumer.

## II. Situation following the adoption of the directive.

The adoption of Directive 93/13/EEC gave rise to a considerable interest, in Italy, in various ambits.

The juridical doctrine favourably accepted the community regulations, and immediately a wide debate started about national transposition. Besides, the attention was favoured by wide spaces left by the community legislature to the national one, especially as far as the sanction for the unfair term and the control system to be adopted were concerned.

On the track of this doctrinal interest, initiatives of study and popularisation originated. Corporations of vocational training organised meetings which were mainly addressed to enterprises and had great success of attendance. In fact, the corporate legal departments began to take interest in the new discipline, aware (and afraid) of the fact that this would probably impose a change in the standard-form contracts prepared by the enterprises and used with customers.

The coming into force of the national law (happened on 25 February, 1996) imposed on the enterprises the elimination of certain contract terms, already sharply criticised before the entry into force of the new legislation and, at that point, illegitimate, for sure. This is the case, for instance, of the contracting out — of the company — clause subsequent to the notice of loss and the one regarding the limitation of the bank's liability with regards to deposit boxes.

The 'spontaneous' intervention has been started only or mainly on clauses analogous to those contained in the directive-list or in which there was at least an evident imbalance of positions.

The priority seat for a review of contracts has certainly been the associative one. The employers' trade associations started a review of the single contracts, which, then, turned into circular letters for the members. As it is known, such circular letters (one mentions those of ANIA, ABI and Assonime) do not have a binding value for the receivers and this let many enterprises not conform to the received directions. Anyway, the evaluation of the impact of the new discipline offered to the associate members has often been minimalist, if not even elusive.

As far as the contents of such circular letters are concerned, ABI, already before the coming into force of the law 52/96, under the stimulus of directions coming both from directives of the Bank of Italy and anti-trust, had reviewed and spread among the associates the schemes of the single contracts. Beside this, it had put the reformulation of the Uniform Bank Rules: there the modifications to be made to the single clauses of the banking contracts were specified and the agreements which had to be eliminated from the schemes previously prepared were highlighted. In particular, it was provided to eliminate those clauses which reserved the bank the power to make changes in the rules of regulation of the privity; those clauses which excluded any kind of bank liability for any consequence deriving from events not imputable to it; finally, those which provided a discretionary term ('reasonably necessary time') for a performance charged to the bank, or to make a communication exceptionable to it.

With reference to the insurance industry, the legislation has been adequately recalled by ISVAP, which censured the behaviour of certain companies of the RCA line as to the use of clauses of tacit renewal of the contract on the ground of conditions modified and not explicitly brought to the insured's knowledge, as well as the rescission of contract at its dead-line in case of non-acceptance of the new terms. In fact, ISVAP pointed out that such mechanism represents a 'doubtless element of contractual imbalance' in contrast with the law on unfair terms.

It is interesting to notice that, in the changes made in the contracts in use, in many cases the banking sector decided to make a duplication of the formularies (that is, according to the fact

that they were destined to enterprises or consumers), while ANIA opted for the changes of contracts for the benefit of any customer.

Actually, the changes concretely made to the formularies in use, did not seem to be sufficient. Therefore, the main trade associations searched or, better, accepted the invitation of the consumers' associations for a direct confrontation with regard to the content and formulation of the contracts in use. In particular, this was the case of ANIA and ABI, with which, already during the year 1996, 'permanent tables' of confrontation and negotiations were opened.

In May, this year, the last agreements among consumers' associations and representatives of the insurance and bank system were signed. The protocol of agreement referring to the first sector, subscribed with ANIA and UEA (European Union of Insurers) brought to single out some concordantly unfair terms to be eliminated from the contracts, and to provide for a confrontation procedure between consumers' associations and enterprises, which may solve possible future controversies with regard to the evaluation of unfairness of clauses within short times and extra-judicially. In this way, clauses such as those which let only the insurer the right to withdraw from a contract, to vary unilaterally the terms of contract, and those which make the insured forfeit the right to indemnity in the cases not provided by the law, should be immediately eliminated. However, there still are different positions as regards several clauses (among which the arbitration clause and the one providing for the right to withdraw for both sides).

The associations have worked with ABI with a particular commitment concerning the contract of bank account, and the reformulation of the clauses concordantly considered unfair has been unitarily prepared. Besides, one has tried to make the formulation of contract terms more comprehensible, also by inserting at the foot of the formulary rules or regulations recalled in it.

The analysis of terms of contracts has been conducted by considering the referability of the examined clauses to those indicated in the list, but also by looking for the existence of general principles of imbalance as at the Article 3 of the directive (and Article 1469 *bis*, 1st paragraph of the Civil Code). This was an evaluation left to the dialectics of the parties, since, for that end, it has not been possible to resort to principles — for they do not exist — elaborated by jurisprudence about general clauses. There have been references to comparative law, that is, the starting point has been taken from those experiences that for years have had a legislation of substantial nature on unfair terms.

Another sector in which a certain involvement of the operators has been noticed is that of estate agencies, whose trade associations (FIAP, FIMAA, CAAM) have elaborated new contractual sets of forms. The changes have been made after the work done in agreement with the consumers' organisations and, as far as the Lombard area is concerned, with the intervention of the Chamber of Commerce of Milan. The unity of market regulation, recently constituted in its inside according to the law 580/93 as regards the reorganisation of the chambers of commerce and with specific functions concerning unfair terms, discussed with the associations the unfairness of clauses contained in the contracts submitted to consumers (for example, clauses of irrevocability and exclusivity) and suggested appropriate changes. A verification of the actual change in the standard-form contracts is still in progress, but it seems that the changes agreed upon have concretely been made.

As far as the contracts for supplying water and gas are concerned, it must be said that, through an internal circular of the year 1996, CISPEL — Italian Confederation of Public Services of Local Bodies — has drawn the attention of enterprises and bodies members to the *novella* of the Civil Code, underlining the new nature of the control, expecting heavier conflicts in comparison with the past and inviting to revise the general conditions of the contract which may contain terms clashing with the new regulations. However, the associates have shown a certain resistance to changes, so that the relative contracts show unfair terms up to the present. The competent ministry, however, committed itself to 'watch over' so that the maximum clearness is used

in the information referring to characteristics, fares, and conditions of subscription to services, making an appropriate documentation available to the public.

The recent organic law 481/95 of the authority for electric energy and gas, while excluding, among the powers of the authority, a direct control on the contractual clauses contained in the consumption contract, gave an implicit relevance to the privity distributor-user. Among the elements for an evaluation of the services, the content of the agreement is given importance: in fact, the contract, according to its 'depuration' from unfair terms, is indicative of the good or bad quality of the service offered. It must be noticed that the Authority has recently (September 1998) elaborated some 'guidelines about transparency of invoicing documents in gas consumption'.

Other sectors have been involved in the confrontation deriving from the new discipline. In particular, those regarding mobile telephony, time-sharing and tour operators. The contracts of the last two sectors, together with the contract of consumer credit and that of cars' sales, have been the subject matter of the review procedure from the unity of market regulation, which also involved the consumers' associations. Beside the need of a bigger balance in the terms of contract, the need to formulate contractual clauses in a clearer and more comprehensible way has been found.

The controls effectuated by consumers' associations and chambers of commerce in the various sectors of the market have sometimes met a first obstacle in the difficulty of finding contractual forms — when these do not freely circulate in the market —, because of the professionals' resistance in supplying them. Following a precise analysis of the contracts, some communications of 'placing in default' have been sent to the enterprises; thereafter, contacts and negotiations started. Some of these are still in progress; in some cases, the elimination or change of terms has already been arranged, but the verification of the actual adjustment (following the transmission of modified contracts from professionals to consumers' associations) still has to happen. Sometimes the agreements found did not seem to be sufficient and the consumers' associations started injunctions.

Furthermore, it must be noticed that some consumers' associations have made a monitoring in the contractual ambit of particular market sectors (for example, the insurance one), which, then, turned into publications; other times some material for divulgation directed to inform consumers about the new rights deriving from the legislation about unfair terms has been drawn up or meetings with the same purposes have been organised.

In the Unioncamere, since the law for the reorganisation of the chambers of commerce, a table of meeting with the consumers' associations has been established, to discuss about the general lines of intervention in various areas of interest (among which the one here considered). Initiatives of training, directed to the system, concerning the topics of market regulation have been started and studies have been commissioned to University departments, particularly about the contractual ambit in financial sectors: review of unfair terms, possible role of the chambers with regard to this subject-matter, criteria to improve the effectiveness of the control from banking Ombudsman and proposals (to be checked with consumers and enterprises' associations) to arrange alternative solutions of the controversies.

In territorial seats, at some chambers, one must register the establishment of unities of market regulation, structured on the model of the homonymous organisation originated at the Milan Chamber of Commerce; sometimes, a commission of experts in contracts has been put beside them. Anyway, this concerns a small number of initiatives.

About the judicial review, chosen by the Italian legislature at the Article 1469 *sexies* Civil Code, one does not notice a significant case record up to the present (however, it is not possible, here, to give reasons for all decisions made).

Because of the vagueness and inexactitude of the terminology in the letter of the Italian law, collective injunction has raised many questions of an eminently procedural nature which were reflected on the substantial ground below.

The first measures (which go back to half of the year 1996) were ordinances which rejected the request of precautionary injunction because of a lack of the requisite of 'just urgency causes' (required by the 2nd paragraph of the abovementioned rule). The Court of Turin, to which the Comitato Difesa Consumatori turned, in order to obtain an injunction with urgency against the use of clauses existing in the forms prepared by motor-companies, rejected all requests in that sense because of the lack of the *periculum in mora*, relying on a very restrictive interpretation of the legislative text of the Article 1469 *sexies* Civil Code.

The subsequent jurisprudence, in certain cases, has not avoided recognising the 'just urgency causes' in the diffusivity of unfair terms, destined to be used on a large scale. However, the absolutely prevalent orientation of the judges remains that of anchoring the subsistence of the *periculum in mora* at a qualitative evaluation, pertaining to the nature of the goods or services which are the subject matter of the contract and of the interests that the same tends to satisfy, to the consequent repercussions that could happen in the consumer's sphere because of a non-solicit protection and to the irreversibility and non-recoupment of the damages.

The Roman judges, declaring themselves in favour of the petitions of some of the consumers' associations, appeared more careful about the innovative contents of the model fact situation, that is, about the admissibility of a collective action for the preventive injunction regarding the use of unfair terms in a general and abstract way. But a univocal trend has not consolidated not even at the Capitoline Court; in fact, later, an ordinance came out in which a decisive criterion was considered the reference to the diffusivity of the contractual phenomenon examined, which, however, was revoked during claim, since the 'qualitative' criterion has been privileged again. The case in point, examined by the court, can be considered symptomatic, having as its subject matter clauses of the prognostic competitions Totocalcio and Totogol, evidently devoid, for their very nature, of the characteristics of essentiality, with regard to the subject and the consumer's interest, but certainly relevant under a quantitative point of view.

But it is the Palermitan Court, in a special way, which distinguished itself for an exegesis of the legislative text which assures effectiveness to the regime of consumer's protection: in the first ordinance, of January 1997, confirmed during claim, the designated judge recognised the urgency causes, connecting them to the *medio tempore* execution of the suspected clauses in contracts already stipulated and in the high probability that the professional (in the case in point, a tour operator who proposed 'all inclusive' package tours for Christmas holidays) during judgment continued to avail himself of the standard-form contracts containing the controversial terms.

In some cases, the judge, although declaring his opinion after a request of precautionary injunction, pushed as far as he dealt with the judgment of unfairness, evaluating the content of the terms of contract. Among the clauses brought to the attention of the courts, those which determine the territorial competence of the judge of the enterprise's seat and turned out to be (and often still do so) omnipresent in the standard-form contracts in use with the consumers have always been recognised as unfair.

A couple of quite important decisions affected the insurance industry: in one case only one insurance policy with injuries bond has been considered, in the other various contracts containing different types of coverage, that is fire, medical expenses and injuries have been referred to. The unfairness of the term imposing on the insured the written form for certain communications to the company and of the clause of non-insurability of subjects affected by specific pathologies has been excluded. The clause imposing an irregular arbitration has been considered in two opposite ways in the two provisions. Moreover, in one decision, the injunction for the clause defining the criteria of indemnification has been granted, because uncertain in its formulation and contents. In the other dispute, the Court of First Instance considered unfair the term providing for the unilateral withdrawal in case of damage, the one providing for the suspension of the coverage in specific circumstances and that which lets the insurer with-

draw from the contract in case the amounts insured with other insurance policies overpass 50 % of those covered by him (the court of second instance partially revoked the injunction, confirming it only for the last clause).

In one law-suit brought against ENEL — National Body for Electric Power — (noticeable because it directly applied in a vertical sense Directive 93/13/EEC and retroactively extended its effectiveness), the clause which lets the body suspend the supply for any user's breach, the one excluding the compensation (for damages) in case of strike or because of service reasons and the one excluding the possibility for the user to interrupt payments in case of breach on ENEL's side, have been considered unfair.

In the already cited proceeding against a tour operator, the judge from Palermo considered unfair the term giving the faculty to withdraw from a contract with no charge for the professional and on payment of a penitential earnest from the consumer, and the term attributing the tour organiser the faculty to ascertain the conformity of the hotel class provided for in the contract, where an official national classification is lacking.

Quite recently the first judgment has been entered as a consequence of the trial proceedings promoted in Turin after the rejection of the injunctions concerning the motor sector. In such a decision (the reason of which is still unknown), the clause directed to exclude the statutory bond from the seller has been considered unfair. It is an important decision, if one considers that such clause is provided in an enormous majority of contracts of durable goods sale.

It is interesting to notice the *revirement* of jurisprudence as regards terms 'traditionally' considered valid (also apart from the specific subscription) and now seen as unfair in the light of the new discipline: in particular, the excessive penalty. Also the clause which lets the banks capitalise interests allowed every three months, while interests charged are calculated on an annual basis, has been considered unfair by some trial court, with a recent partial guarantee of the Cassation.

Within individual judgments, one must record some opening of jurisprudence towards an extension of the protection provided by the legislation also to professionals who are, in the case in point, an adherent article. This is an interesting influence of the community grounded discipline, given that such contracts remain formally subject to the only text of the Articles 1341–1342 Civil Code.

At last, it must be noticed that, in some cases, the proceedings have been abandoned because the professionals decided to eliminate the contested clauses, without waiting for the judges' decision.

### III. Prospects

The changes happened in Italy up to the present as a consequence of the community discipline about unfair terms seem to be extremely limited.

Obviously, there is a 'cultural' resistance from the enterprises to conform themselves to the regulations. There is a strong fear of having to bear costs that could make them less competitive than the professionals who continue to make use of terms advantageous to them but penalising the consumers.

So, since a correct spontaneous adaptation of the enterprises is improbable, effective instruments of control seem to be necessary. As it is known, during the transposition of the Article 7 of the directive, the Italian lawgiver opted for a judicial control. Today, in the light of the small success of the decisions of the courts, which has to pay also the unsolved Italian problem of judicial slowness, one notices a renewed interest (which, actually, never drowsed) in forms of administrative control. In particular, one refers to the competence of the chambers of commerce, the bodies which, beside the consumers' associations, took greater care of the actual implementation of the law. In particular, the intervention of the chambers, which, besides, showed to be very effective in other national systems, is considered essential to verify the most 'fragmented' sectors, that is those for which a compact associationism does not exist. In fact, lacking a unitary interlocutor on a national level, it may be more appropriate and effective to have the control take place in the territorial seats. Therefore, it is desirable to extend the extremely sound experience of the chamber of commerce of Milan to the other chambers. Which does not seem to be devoid of problems, given that there is still a strong cultural resistance to consider such bodies as organisations put at the head of market regulation, instead of supportive to the enterprise system.

Still inside the chambers of commerce, nowadays, commissions or offices of conciliation are set up for controversies with the consumers and will be able to reveal themselves as further seats suitable for the control of unfair terms. The creation of these bodies answers a precise legislative direction, contained in the Article 2, 4th paragraph, point (a) of the law about the reorganisation of the chambers, and taken up at the Article 3 of the Law 281/98. Such process, however, is obstructed by the still open discussion regarding their establishment, the amount and allotment of the costs of procedure, as well as by the lack of uniformity in the criteria of mediation training. The same consumers' associations have different opinions about the composition of the commissions since some of them prefer to privilege the direct confrontation among the representatives of the two opposite categories, while others are favourable to the presence of the 'impartial' third party, the chamber's mediator.

What has been said about the validity of administrative control does not exclude that one continues to support the need of a judicial intervention which, however, needs many correctives. Unfortunately a significant jurisprudence is still missing, nor can one say that a uniform trend has been created.

Some of the problems come out precisely of the formulation of the Article 1469 *sexies*, specifically out of the reference to the Article 669 *bis* following the Code of Civil Procedure, which causes problems of interpretation. However, it may be unnecessary to make a legislative amendment, provided that the judges are favourable to interpret the existence of the requisite of just urgency causes, necessary to grant the precautionary injunction, in a liberal way and in compliance with the *ratio* of the directive. Only in this way timeliness and effectiveness of control will be assured, that is, those 'appropriate and effective means' to make the insertion of unfair terms in the contracts with the consumers stop will be realised.

It is also advisable that judicial actions increase and be promoted not only by consumers' associations but also by associations of professionals and by the chambers themselves.

Another problem of procedural nature comes out of the inexistence of forms of *class action* in the Italian system. The possibility to extend the effects of the decision also to consumers who have not participated in the action has been recently discussed during the passing of the law 281/98, but not accepted in the final letter and, therefore, the problem of the impossibility to extend the *iudicata* in an area in which that would be, for various reasons, of crucial relevance, remains.

Furthermore, the problem of the *ius variandi*, that is, of the enforceability of the discipline to the contract in progress at the coming into force of the law remains. The directive has not explicitly solved the matter, nor has the Italian lawgiver taken care of it. Since it happens that the contracts stipulated before the legislation still contain unfair terms admitted by the consumer, an expressed legislative intervention would probably be appropriate. As an alternative, also the creation of a univocal jurisprudence about this point could avoid the maintenance of an unjustifiably differentiated protection level, that is among consumers who have drawn up a contract before the coming into force of the law and those who have done it afterwards.

In the same way, one should solve — but, preferably, through a legislative intervention — the problem of the lot of the contract whose terms are almost all recognised as unfair, and which, according to the directive and, in particular, to the national law, 'remains effective for the rest'.

Similarly, some doubts are left about the relation between the discipline at the articles 1469 *bis* following Civil Code and some special regulations, among which — to cite only a few of them — those about bank transparency, tourist contracts and the same law 281/98. On this point no judge-made trend exists, yet.

Finally, in practical contexts, the problem of verifying the effectiveness of the changes made to the standard-form contracts after there has been an acknowledgement (during negotiations or cases) of the existence of unfair terms remains. Obviously, particularly the marginal sectors, in which a myriad of contracts, often badly constructed and full of unfair terms proliferate, escape the control, both before and after the acknowledgement of unfairness. The consumers' associations believe that personal contacts with consumers who apply to them for individual problems may be an ambit of sample check. Such a control could also take place during individual controversies, where also the judge could raise the exception of unfairness *ex officio*. For sure, in both cases, the remedies are inappropriate because occasional, and it is probable that many of the about 40 000 different standard-form contracts which are considered to be used in Italy will never be controlled.

So, the topic of the consumers' information and of the information/solicitation to professionals remains relevant. It seems to be appropriate, as it happens in the experience of some northern countries, that the entrepreneur is incited to the spontaneous drawing up of a contract devoid of unfair terms, because, for example, he could make a marketing instrument of it, in a viewpoint of 'contractual competition' and, maybe, in prospect, of comparative advertising. Obviously, also the consumer must be 'sensitised' to search these standards beside the price and the intrinsic quality of the goods or services.

In conclusion, unfortunately, the opinion that one can give about the real implementation of Directive 93/13/EEC is not positive. Therefore, one wishes for an effort concerted among the various involved actors, with the awareness that in Italy a spread legality in negotiations, even more in an enlarged viewpoint of the European market, turns out to be indispensable by now.



# Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE au Portugal

Rapporteur: Maria Cristina Portugal

## I. Situation avant l'adoption de la directive

### 1. Acteurs principaux et rôles respectifs

Depuis la publication du décret-loi n° 446/85 du 25 octobre (ci-après dénommé DL n° 446/85), le Portugal a une législation spécifique protectrice des intérêts des consommateurs vis-à-vis de l'utilisation de clauses contractuelles générales (ci-après dénommées CCG).

De nombreuses raisons, historiques et sociopolitiques, ont conduit à ce que l'application de ce décret, qui fait retomber sur les tribunaux le rôle de contrôle des clauses dans les contrats, soit peu expressif pendant cette période. En effet, on constate une absence retentissante d'utilisation de la législation de la part des interprètes et des exécutants du droit, autant du point de vue des actions en cessation que des actions singulières.

En ce qui concerne les actions en cessation (en vue de l'interdiction d'utilisation ou de la recommandation de certaines clauses), la légitimité active pour son interposition a été confiée <sup>(1)</sup>:

- aux associations de défense au consommateur, avec représentation;
- aux associations syndicales, professionnelles ou d'intérêt économique;
- au ministère public.

Le *mouvement associatif*, en sédimentation dans la société portugaise, n'a pas choisi comme priorité d'action le contrôle des CCG parties sur les contrats proposés aux consommateurs.

Cela et le fait que la légitimité soit conférée seulement aux associations avec représentation [ce qui, en pratique, a réduit au nombre de deux les associations qui pourraient intervenir: la DECO <sup>(2)</sup> et l'UGC <sup>(3)</sup>] a eu des conséquences au niveau du nombre d'actions intentées.

Quant aux *associations syndicales et professionnelles*, nous n'avons connaissance d'aucune utilisation de la légitimité conférée par le DL n° 446/85.

C'est ainsi que l'action juridique pour l'interdiction de clauses a eu comme principal acteur le *ministère public* (ci-après dénommé MP).

Il faut cependant mentionner un organisme public, sans légitimité active, dont le travail a été un vrai moteur à l'action initiale du MP: l'Institut du consommateur (ci-après dénommé IC).

Pendant la médiation des conflits de consommation, l'IC a commencé à vérifier l'existence de CCG interdites. Cependant, sans une menace de sanction, la «qualification» par l'IC d'une

---

<sup>(1)</sup> Voir article 26 du DL n° 446/85.

<sup>(2)</sup> DECO — Association portugaise pour la défense du consommateur.

<sup>(3)</sup> UGC — Union générale des consommateurs, association constituée par la force syndicale UGT — Union générale des travailleurs.

clause comme étant interdite <sup>(4)</sup> et la tentative d'arrêt d'utilisation de la part du professionnel avait une efficacité assez réduite.

Pour résoudre ce problème et simultanément vérifier, dans la pratique, le fonctionnement et les potentialités du mécanisme institué par la loi, l'IC a commencé, en tant que «*n'importe quel intéressé*» <sup>(5)</sup>, à demander l'intervention, en justice, du MP.

Le bon déroulement du travail entre le MP et l'IC et le développement de structures locales de protection des consommateurs <sup>(6)</sup> a conduit à l'établissement d'une stratégie conjointe, dont l'objectif était l'amélioration des canaux locaux de communication entre ceux qui font les contacts avec les consommateurs (les conseillers de consommation des structures locales) et ceux qui agissent en justice (MP).

## 2. Moyens de contrôle utilisés

Considérant que le système institué au Portugal est un système où le contrôle des CCG retombe sur les tribunaux, il n'est pas étonnant que, tant que cette «*menace*» ne deviendra pas réelle et visible auprès des opérateurs économiques, les mécanismes restants et les moyens de contrôle aient une utilisation assez modérée.

Ainsi, au-delà des mécanismes normaux en voie de résolution extrajudiciaire de conflits — l'information, la médiation, la conciliation et, depuis la fin de 1990, l'arbitrage — nous ne trouvons pas dans cette période une utilisation d'autres moyens complémentaires comme: des accords volontaires entre entreprises, ou groupes d'entreprises et associations de consommateurs ou la formation d'entreprises.

## 3. Méthodologie

Dans le scénario d'application réduite décrit, nous constatons un bon accueil de la part des tribunaux du peu d'actions en cessation qui ont été soumises à son appréciation.

Dans la pratique, les actions en cessation de cette période ont normalement fini avec l'accueil et le renforcement au niveau de la jurisprudence des thèses des auteurs.

Il faut encore souligner le rôle important exercé par le MP dans la phase administrative, préalable à l'action en cessation en justice. Dans cette phase, le procureur prend contact avec le professionnel afin que celui-ci puisse éclaircir ou modifier volontairement le sens des clauses proposées. Le nombre de contrats analysés et de clauses modifiées dans cette «*procédure*» est assez significatif <sup>(7)</sup>.

Parmi les actions en cessation connues, il n'y a pas de références au droit communautaire ou au droit comparé, mais nous acceptons que cette conclusion pourra être invalide en ce qui concerne les actions singulières (le nombre d'actions entre professionnels et consommateurs n'a pas semblé représentatif) <sup>(8)</sup>.

## 4. Secteurs d'activité et types de contrats

En tenant en compte de ce qui est exposé ci-dessus, les contrats le plus fréquemment analysés à la lumière du DL n° 446/85 ont été ceux qui sont proposés aux consommateurs dans le «*petit*» commerce. Ainsi, soit dans la phase administrative des actions en cessation à proposer par le

<sup>(4)</sup> L'utilisation du mot «*abusive*» en relation aux clauses n'est arrivée qu'après la directive communautaire.

<sup>(5)</sup> Voir point c) du paragraphe 1 de l'article 26 du DL n° 446/85.

<sup>(6)</sup> Créées par protocoles entre l'Institut du consommateur et les mairies.

<sup>(7)</sup> En note, quelques clauses modifiées avaient été dénoncées par l'IC qui, lui aussi, essayera, mais sans succès, la modification. Le poids institutionnel du MP et la menace de l'action judiciaire permettront une modification que, par elle seule, l'IC n'obtiendra pas.

<sup>(8)</sup> Nous trouvons plus de jurisprudence dans des cas entre professionnels et, en particulier, à propos de cas de location financière (crédit-bail) ou louage à long terme.

MP, soit dans la médiation ou l'arbitrage, les contrats de prestation de services relatifs à des biens ont toujours été plus concernés et, en particulier, les secteurs de:

- l'immobilier (agences immobilières)
- la blanchisserie
- le tourisme (voyages à forfait, *time-sharing*)
- la photo
- les services de base (téléphone)

Les actions en cessation les plus pertinentes de cette période sont celles qui concernent:

- les services de base (gaz)
- les services purs/services financiers (cartes de paiement, dont la décision finale est après 1993)

## 5. Types de clauses

Les clauses concernées ont surtout été les clauses qui concernent la responsabilité des professionnels en cas de:

- non-conformité du bien ou du service
- limites ou exclusion en cas de dommages
- responsabilité d'un tiers

## 6. Problèmes juridiques et pratiques

L'expérience judiciaire réduite dans les actions inhibitoires ne permet pas de tirer des conclusions soutenues sur le fonctionnement du système implanté. Il y a néanmoins, quelques précautions et craintes qui commencent à se faire clairement remarquer:

- la lenteur du système judiciaire pour l'appréciation de ce genre d'action;
- les difficultés concernant la vérification de l'accomplissement de la décision de condamnation (y compris normalement lorsque la décision est publiée dans les quotidiens).

Est aussi pertinent le fait que la loi ne s'applique pas aux contrats dont les clauses ont été imposées ou expressément approuvées par des entités publiques autorisées à limiter l'autonomie privée<sup>(8)</sup>. Cette restriction de la loi à son champ d'application a retiré pendant longtemps au contrôle des tribunaux plusieurs contrats des services financiers (contrats d'assurance et d'utilisation des cartes de crédit).

---

<sup>(8)</sup> Voir article 3, point c), du DL n° 446/85, révoqué en 1995.

## II. Changements constatés à la suite de l'adoption de la directive (qu'ils découlent ou non de la directive elle-même)

### 1. Acteurs principaux et rôles respectifs

Dans l'essentiel, le fonctionnement du DL n° 446/85 a été maintenu après la transposition de la directive 93/13/CEE, effectuée par le décret-loi n° 220/95 du 31 août <sup>(9)</sup>.

La liste d'entités possédant une légitimité active pour l'interposition d'actions en justice en vue de l'interdiction d'utilisation de clauses déterminées dans les contrats s'est maintenue après l'altération du DL n° 446/85, le 31 août 1995 <sup>(10)</sup>.

Cependant, d'autres textes législatifs ont introduit d'importantes modifications en ce qui concerne cette légitimité.

En effet, la loi n° 83/95 du 31 août (sur l'action populaire) a conféré le droit d'action aux citoyens en exercice des droits civils et politiques, aux associations et fondations qui défendent des intérêts protégés.

La loi n° 24/96 du 31 juin (nouveau régime de la défense des consommateurs) qui a assuré un droit d'action en cessation destiné à prévenir, à corriger ou à arrêter des pratiques préjudiciables aux droits des consommateurs, notamment celles qui se traduisent dans l'usage de clauses abusives en conférant légitimité active:

- aux consommateurs directement atteints;
- aux consommateurs et aux associations qui n'ont pas encore été directement atteints d'après ce que la loi n° 83/95 du 31 août a stipulé;
- au ministère public et à l'Institut du consommateur, lorsqu'ils se trouvent face à des intérêts homogènes, collectifs ou diffus.

Au-delà de ces changements législatifs, qui élargissent le nombre de sujets actifs pour l'action en cessation en vue de l'abstention de l'usage de clauses abusives <sup>(11)</sup>, on constate une croissance évidente et un renfort du *mouvement associatif* vers l'interdiction judiciaire des clauses abusives dans les contrats conclus ou proposés aux consommateurs <sup>(12)</sup>.

La situation relative aux *associations syndicales et professionnelles* s'est maintenue de façon identique.

Le *ministère public*, dans cette période, a cessé d'être le principal protagoniste dans l'interposition d'actions en cessation même si son rôle — plus discret que celui des associations de consommateurs — peut avoir augmenté. En ce qui concerne la sélection des cas pratiques, le MP a pris son autonomie par rapport à l'IC, mais continue à développer avec cet institut le projet de décentralisation de l'activité et de promouvoir l'action du MP sur l'ensemble du territoire.

<sup>(9)</sup> L'importance de la modification apportée par (ou à propos de) la transposition de la directive 93/13/CEE en droit national autant du point de vue de la définition de CCG, autant avec des répercussions importantes, aux exceptions de l'objectif d'application.

<sup>(10)</sup> Voir point 1 du chapitre I.

<sup>(11)</sup> En ce qui concerne les associations de consommateurs non représentatives et l'Institut du consommateur.

<sup>(12)</sup> On souligne le rôle de DECO — Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores, qui pendant ces dernières années a entamé des procédures judiciaires contre ceux proposant l'utilisation de contrats avec des clauses interdites.

La nouveauté de cette législation qui a fini par élargir la légitimité pour intenter des actions en cessation, justifie une plus faible intervention, jusqu'à présent, de nouveaux sujets <sup>(13)</sup>.

## 2. Moyens de contrôle utilisés

On constate une croissance de la connaissance publique de la problématique des clauses interdites dans les contrats, due à divers facteurs, parmi lesquels, les campagnes d'information successives, la formation du consommateur et le relancement de la discussion au niveau des professionnels du droit (discussion à laquelle a beaucoup contribué la transposition de la directive communautaire).

Cette connaissance progressive du public depuis la fin de la décennie a permis une plus grande marge de manœuvre de la part des associations de défense des consommateurs.

En effet, la «menace» d'action en cessation est devenue, auprès des agents économiques, un risque réel et visuel — et un risque à éviter.

C'est ainsi que commencent à surgir les premières négociations et les accords entre associations de consommateurs et agents économiques ayant pour but de corriger et de cesser d'utiliser des clauses contractuelles interdites pour certains contrats.

Les mécanismes normaux de résolution extrajudiciaire de conflits — l'information, la médiation, la conciliation et l'arbitrage — se maintiennent. On constate aussi une plus grande utilisation du décret de la part du consommateur en tant que demandeur ou défendeur d'une action judiciaire. Des efforts commencent à être faits en ce qui concerne la formation des entreprises.

## 3. Méthodologie

Malgré le poids significatif des actions en cessation qui ont lieu au tribunal, le nombre de décisions finales est peu significatif. En effet, la lenteur caractéristique des tribunaux et le double degré des recours a fait que, entre l'interposition de l'action et la décision de première instance, et entre celle-ci et la décision finale, il se passe des années.

Il commence à exister diverses références au droit communautaire ou au droit comparé, avec un large avantage pour le premier en ce qui concerne la jurisprudence dans des actions en cessation.

## 4. Secteurs d'activité et types de contrats

Les sujets concernés pour les actions en cessation ont changé radicalement.

Du fait de tous les changements dans le domaine de la protection du consommateur, de la maturité et de la confiance de la part des entités avec une légitimité active et d'une certaine agressivité, massification et «démocratisation» du commerce juridique, notamment dans le secteur financier, les actions en cessation concernent principalement les conditions contractuelles des banques et des assurances.

La location avec option d'achat (surtout dans des actions des particuliers) et les services «purs» (actions en cessation) sont les types de contrats mis en cause aux tribunaux.

En ce qui concerne le secteur économique, les services financiers et les établissements d'assurances sont les responsables pour la grande majorité des actions en justice sur les clauses abusives.

## 5. Types de clauses

Les clauses concernées sont surtout les clauses qui ont trait:

- aux obligations à charge du consommateur (clause pénale);
- à la fin du contrat (résiliation et coûts);

---

<sup>(13)</sup> En relief le rôle de quelques associations de consommateurs sans importance relativement aux effets du décret-loi n° 446/85 qui a utilisé maintenant le mécanisme de l'action populaire.

- à l'accès à la justice (tribunal compétent, preuve et règles de répartition du risque);
- à la limitation de la responsabilité (conformité, dommages et responsabilité des tiers).

On soulève également qu'on commence à demander judiciairement la présentation/forme des contrats.

## **6. Problèmes juridiques et pratiques**

Même si le nombre de décisions a augmenté, il n'est pas encore significatif. Cependant ce nombre est suffisant pour confirmer les préoccupations et les doutes déjà existants:

- la lenteur du système judiciaire;
- l'action en cessation a une procédure normale — avec une procédure sommaire — et permet deux degrés d'appel: la cour d'appel et la Cour suprême. De ce fait, il est possible qu'une décision sur une action en cessation soit rendue plusieurs années après son introduction, et le temps permet au professionnel:
  - i) soit de modifier le contrat concerné et de donner place à l'inutilité de l'action,
  - ii) soit de continuer à utiliser le contrat et la clause concernée même dans les cas où la nature de celle-ci est gravement préjudiciable aux intérêts des consommateurs;
- la difficulté de vérification de l'accomplissement de la décision condamnatrice.

On commence à constater dans quelques décisions la condamnation qui doit faire preuve, dans un délai fixé, de l'accomplissement de l'obligation de publication de la décision condamnatrice dans un quotidien.

### III. Grandes tendances et problèmes d'application au niveau national (perspectives et problèmes en discussion aujourd'hui)

#### 1. Acteurs principaux et rôles respectifs

Le cadre d'entités avec légitimité pour promouvoir l'interdiction judiciaire de l'utilisation de CCG est déjà suffisamment élargi. On ne prévoit donc pas d'amplification dans ce domaine.

La situation actuelle commence à créer quelques voix divergentes au sein des mouvements associatifs soit à cause de la manutention de la légitimité « concurrentielle » du ministère public soit, aujourd'hui, à cause de la légitimité de l'Institut du consommateur.

En effet, selon ces voix, les attributions, les compétences et les vocations de tels organismes sont:

- dans le premier cas, inadéquates à l'exécution de la défense des intérêts des consommateurs (ce qui doit être le rôle des associations);
- dans le deuxième cas, incompatibles avec une action indépendante et efficace.

Considérant aussi qu'il y a une commission du code du consommateur travaillant sur ces matières, il est possible qu'il y ait des changements à cette législation, mais on ne connaît ni le sens de ces changements ni même s'il y en aura.

#### 2. Moyens de contrôle utilisés

Les expériences au niveau de la négociation des clauses contractuelles laissent entrevoir un renfort de ce moyen de contrôle extrajudiciaire et des développements concernant les accords de bonne conduite entre les entreprises ou associations d'entreprises et les associations représentatives des consommateurs ainsi qu'en ce qui concerne la formation dans les entreprises.

L'information aux consommateurs ainsi que les mécanismes extrajudiciaires de résolution de conflits de consommation se maintiendront avec des investissements croissants.

#### 3. Méthodologie

La machine judiciaire commence à s'adapter tant à une nouvelle procédure, les actions en cessation, qu'à une nouvelle vision: la protection des consommateurs, même si elle ne présente pas de solutions face à la lenteur processuelle.

La publication dans des quotidiens à grand tirage de la condamnation de l'entreprise à l'interdiction d'usage de certaines clauses est invariablement demandée et normalement acceptée par la Cour.

Dans plusieurs actions en cours se pose la question de la constitutionnalité de ce type de condamnation. Cependant, l'unique décision connue jusqu'à présent sur ce point rejette tout problème d'ordre constitutionnel, affirmant que la condamnation à publication est le seul moyen de faire connaître aux destinataires et souscripteurs d'un contrat que telle clause est nulle.

Dans le but de résoudre le problème, dans les actions en cessation en justice, de l'accomplissement de la décision en ce qui concerne la publication dans des quotidiens, le tribunal doit maintenir et renforcer la tendance dans la condamnation du professionnel à faire preuve de la publication, dans une limite de temps accordée après le cas jugé. Aussi, en tenant compte du nombre de décisions prévues et de la nouvelle stratégie des acteurs, il est prévisible un plus fort contrôle de l'accomplissement en général et des conséquentes demandes et condamnations dans le paiement d'indemnité en cas négatif <sup>(14)</sup>.

---

(14) Voir article 33 du DL n° 446/85.

Grâce à la projection publique, par le biais des actions en cessation, la loi des CCG arrive dans un nouvelle «phase» d'application et commence aussi à être bien plus utilisée dans les actions singulières.

La divulgation [notamment par la base de données CLAB <sup>(15)</sup>], le volume de jurisprudence prévisible dans le futur proche, la doctrine réduite et encore la nouveauté du système vis-à-vis du droit traditionnel, ont créé les conditions pour qu'il puisse y avoir, au moins de la part des professionnels du droit, plusieurs références au droit communautaire ou au droit comparé.

#### **4. Secteurs d'activité et types de contrats**

Des dizaines d'actions se déroulent actuellement concernant les clauses utilisées dans des contrats d'assurance, des contrats pour l'utilisation de cartes de crédits étant prévisible que ces services soient purs, qu'ils continuent à susciter le plus grand nombre de problèmes pour ce qui est des clauses contractuelles.

La récente réforme qui a eu lieu au Portugal concernant les services de base peut ramener ces services à l'ordre du jour.

#### **5. Types de clauses**

Le fait que l'attention du mouvement associatif soit retombée ces derniers temps sur le contenu des clauses contractuelles utilisées dans les contrats a eu comme résultat une plus grande attention dans la collaboration des clauses et a été une recherche d'accord sur son contenu de la part des entreprises.

En contrepartie, on constate la complexité de la forme que le contrat présente.

Ainsi, au-delà du type de clauses, la forme sous laquelle celles-ci sont représentées a tendance à avoir une certaine importance.

Nous ne sommes pas en train de dire qu'il n'y aura plus de clauses contractuelles abusives, mais grâce au plus grand soin pris à son élaboration, les clauses contractuelles générales «scandaleusement» abusives auront tendance à ne plus exister.

#### **6. Problèmes juridiques et pratiques**

##### ***Lenteur/efficacité du système institué et concentration dans des problèmes processuels***

Malgré tous les avantages reconnus au système judiciaire de contrôle des CCG la voie judiciaire reste néanmoins le principal inconvénient à l'efficacité des actions judiciaires.

Il est vrai que, dans une récente action en cessation, l'auteur DECO a demandé l'immédiate suspension des clauses jusqu'à la décision finale. Cette demande — qui implique aussi une différente forme de procès — n'a pas été acceptée en première instance, mais la cour d'appel a confirmé la demande de DECO ce qui peut être vu comme un point de tournage très positif.

##### ***Défense de la création d'un système mixte, avec un organe administratif***

Malgré la victoire dans ces batailles de procédure, la création d'un organe administratif qui puisse avoir une action rapide et efficace en ce qui concerne l'usage des clauses abusives commence à être fortement défendu.

Ce nouvel organe à créer pourrait analyser et interdire l'usage de certaines clauses dans les contrats *laissant ainsi, au professionnel, le devoir d'agir en justice* pour maintenir la clause interdite.

Cet organe administratif pourrait aussi émettre des recommandations de caractère général et compléter l'action judiciaire.

En effet, la décision du tribunal s'applique au défendeur, au contrat et à la clause concernée.

---

(15) La page Internet de la magistrature du MP a, depuis le début, un «link» au CLAB.



### ***Renforcement des moyens de divulgation***

En plus, les moyens de communication et de divulgation publique disponibles par un organe administratif seraient plus flexibles, ce qui permettrait une meilleure information des consommateurs.

Ce dernier point rencontre une des critiques aussi formulée à l'encontre de l'actuel système: la *divulgation* de la décision condamnatoire de façon à être connue par les destinataires des contrats en cause.

En effet, la publication de la décision condamnatoire, prévue par loi, et normalement demandée par l'auteur (publication dans des journaux quotidiens) commence à être mise en cause par les tribunaux (de récentes décisions ne condamnent pas à la publication considérant l'existence, depuis l'altération de la loi en séquence de la transposition de la directive communautaire, d'un service d'enregistrement de décisions pouvant promouvoir les publications) <sup>(16)</sup> <sup>(17)</sup>.

### ***Non-accomplissement des décisions***

Un contrôle rigoureux de l'accomplissement des décisions en vue de l'interposition d'actions demandant une indemnité fondée dans ce non-accomplissement devient de plus en plus nécessaire.

La non-limitation par loi de cette indemnité — comme aujourd'hui —, ou sa fixation dans un montant plus élevé est peut-être un des points qui mérite plus de pondération dans le cas de changements.

---

<sup>(16)</sup> Dans une des plus anciennes actions en cessation le tribunal a condamné, en plus de la publication dans un journal quotidien, à l'envoi d'une lettre à tous ceux qui avaient conclu un contrat avec le professionnel. Il n'a pas été possible de vérifier l'accomplissement de cette obligation de la part de l'entreprise.

<sup>(17)</sup> Voir chapitre III, point 3. La nouvelle «ligne» de défense, concentrée dans la non-constitutionnalité de la norme qui prévoit la publication dans des quotidiens n'a pas encore été analysée par le tribunal constitutionnel. Il y a cependant une décision dans un recours à la cour d'appel qui se prononce négativement sur cette question, c'est-à-dire que la norme est conforme à la constitution.

European Commission  
Commission européenne

**The 'Unfair terms' directive, five years on — Evaluation and future perspectives**  
**La directive «clauses abusives», cinq ans après — Évaluation et perspectives pour l'avenir**

Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000  
Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000

2000 — 321 pp. — 21 x 29.7 cm

ISBN 92-828-8316-7

<b>BELGIQUE/BELGIË</b>
<b>Jean De Lannoy</b> Avenue du Roi 202/Koningslaan 202 B-1190 Bruxelles/Brussel Tél (32-2) 538 43 08 Fax (32-2) 538 08 41 E-mail: jean.de.lannoy@infoboard.be URL: <a href="http://www.jean-de-lannoy.be">http://www.jean-de-lannoy.be</a>
<b>La librairie européenne/ De Europese Boekhandel</b> Rue de la Loi 244/Wetstraat 244 B-1040 Bruxelles/Brussel Tél. (32-2) 295 26 39 Fax (32-2) 735 08 60 E-mail: mail@libeurop.be URL: <a href="http://www.libeurop.be">http://www.libeurop.be</a>
<b>Moniteur belge/Belgisch Staatsblad</b> Rue de Louvain 40-42/Leuvenseweg 40-42 B-1000 Bruxelles/Brussel Tél (32-2) 552 22 11 Fax (32-2) 511 01 84 E-mail: eusales@just.fgov.be

<b>DANMARK</b>
<b>J. H. Schultz Information A/S</b> Herstedvang 12 DK-2620 Albertslund Tlf (45) 43 63 23 00 Fax (45) 43 63 19 69 E-mail: schultz@schultz.dk URL: <a href="http://www.schultz.dk">http://www.schultz.dk</a>

<b>DEUTSCHLAND</b>
<b>Bundesanzeiger Verlag GmbH</b> Vertriebsabteilung Amsterdamer Straße 192 D-50735 Köln Tel. (49-221) 97 66 80 Fax (49-221) 97 66 82 78 E-Mail: Vertrieb@bundesanzeiger.de URL: <a href="http://www.bundesanzeiger.de">http://www.bundesanzeiger.de</a>

<b>ΕΛΛΑΔΑ/GREECE</b>
<b>G. C. Eleftheroudakis SA</b> International Bookstore Panepistimiou 17 GR-10564 Athina Tel. (30-1) 331 41 80/112/3/4/5 Fax (30-1) 323 98 21 E-mail: elebooks@netor.gr

<b>ESPAÑA</b>
<b>Boletín Oficial del Estado</b> Trafalgar, 27 E-28071 Madrid Tel. (34) 915 38 21 11 (libros), 913 84 17 15 (suscripción) Fax (34) 915 38 21 21 (libros), 913 84 17 14 (suscripción) E-mail: clientes@com.boe.es URL: <a href="http://www.boe.es">http://www.boe.es</a>
<b>Mundi Prensa Libros, SA</b> Castelló, 37 E-28001 Madrid Tel. (34) 914 36 37 00 Fax (34) 915 75 39 98 E-mail: librena@mundiprensa.es URL: <a href="http://www.mundiprensa.com">http://www.mundiprensa.com</a>

<b>FRANCE</b>
<b>Journal officiel</b> Service des publications des CE 26, rue Desaix F-75727 Paris Cedex 15 Tél. (33) 140 58 77 31 Fax (33) 140 58 77 00 E-mail: europublications@journal-officiel.gouv.fr URL: <a href="http://www.journal-officiel.gouv.fr">http://www.journal-officiel.gouv.fr</a>

<b>IRELAND</b>
<b>Alan Hanna's Bookshop</b> 270 LR Rathmines Road Dublin 6 Tel. (353-1) 496 73 98 Fax (353-1) 496 02 28 E-mail: hannas@iol.ie

<b>ITALIA</b>
<b>Licosa SpA</b> Via Duca di Calabria, 1/1 Casella postale 552 I-50125 Firenze Tel. (39) 055 64 83 1 Fax (39) 055 64 12 57 E-mail: licosa@licosa.com URL: <a href="http://www.licosa.com">http://www.licosa.com</a>

<b>LUXEMBOURG</b>
<b>Messageries du livre SARL</b> 5, rue Raiffeisen L-2411 Luxembourg Tél. (352) 40 10 20 Fax (352) 49 06 61 E-mail: mail@mdl.lu URL: <a href="http://www.mdl.lu">http://www.mdl.lu</a>

<b>NEDERLAND</b>
<b>SDU Servicecentrum Uitgevers</b> Christoffel Plantijnstraat 2 Postbus 20014 2500 EA Den Haag Tel. (31-70) 378 98 80 Fax (31-70) 378 97 83 E-mail: sdu@sdu.nl URL: <a href="http://www.sdu.nl">http://www.sdu.nl</a>

<b>ÖSTERREICH</b>
<b>Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH</b> Kohlmarkt 16 A-1014 Wien Tel. (43-1) 53 16 11 00 Fax (43-1) 53 16 11 67 E-Mail: manz@schwing.at URL: <a href="http://www.manz.at">http://www.manz.at</a>

<b>PORTUGAL</b>
<b>Distribuidora de Livros Bertrand Ld.º</b> Grupo Bertrand, SA Rua das Terras dos Vales, 4-A Apartado 60037 P-2700 Amadora Tel. (351) 214 95 87 87 Fax (351) 214 96 02 55 E-mail: dlb@ip.pt
<b>Imprensa Nacional-Casa da Moeda, SA</b> Sector de Publicações Oficiais Rua da Escola Politécnica, 135 P-1250-100 Lisboa Codex Tel. (351) 213 94 57 00 Fax (351) 213 94 57 50 E-mail: spoc@incm.pt URL: <a href="http://www.incm.pt">http://www.incm.pt</a>

<b>SUOMI/FINLAND</b>
<b>Akateeminen Kirjakauppa/ Akademiska Bokhandeln</b> Keskuskatu 1/Centralgatan 1 PL/PB 128 FIN-00101 Helsinki/Helsingfors P./fn (358-9) 121 44 18 F./fax (358-9) 121 44 35 Sähköposti sps@akateeminen.com URL: <a href="http://www.akateeminen.com">http://www.akateeminen.com</a>

<b>SVERIGE</b>
<b>BTJ AB</b> Traktorvägen 11-13 S-221 82 Lund Tlf. (46-46) 18 00 00 Fax (46-46) 30 79 47 E-post: btjeu-pub@btj.se URL: <a href="http://www.btj.se">http://www.btj.se</a>

<b>UNITED KINGDOM</b>
<b>The Stationery Office Ltd</b> Customer Services PO Box 29 Norwich NR3 1GN Tel. (44) 870 60 05-522 Fax (44) 870 60 05-533 E-mail: book.orders@theso.co.uk URL: <a href="http://www.itsofficial.net">http://www.itsofficial.net</a>

<b>ISLAND</b>
<b>Bokabud Larusar Blöndal</b> Skólavörðustíg, 2 IS-101 Reykjavík Tel. (354) 552 55 40 Fax (354) 552 55 60 E-mail: bokabud@simnet.is

<b>NORGE</b>
<b>Swets Blackwell AS</b> Østenjoveien 18 Boks 6512 Etterstad N-0606 Oslo Tel. (47-22) 97 45 00 Fax (47-22) 97 45 45 E-mail: info@no.swetsblackwell.com

<b>SCHWEIZ/SUISSE/SVIZZERA</b>
<b>Euro Info Center Schweiz</b> c/o OSEC Stampfenbachstraße 85 PF 492 CH-8035 Zürich Tel. (41-1) 365 53 15 Fax (41-1) 365 54 11 E-mail: eics@osec.ch URL: <a href="http://www.osec.ch/eics">http://www.osec.ch/eics</a>

<b>BÄLGARIJA</b>
<b>Euopress Euromedia Ltd</b> 59, blvd Vitoshka BG-1000 Sofia Tel (359-2) 980 37 66 Fax (359-2) 980 42 30 E-mail: Mlilena@mbox.cit.bg

<b>ČESKÁ REPUBLIKA</b>
<b>ÚSIS</b> odd. Publikací Havelkova 22 CZ-130 00 Praha 3 Tel. (420-2) 24 23 14 86 Fax (420-2) 24 23 11 14 E-mail: publikace@usiscr.cz URL: <a href="http://www.usiscr.cz">http://www.usiscr.cz</a>

<b>CYPRUS</b>
<b>Cyprus Chamber of Commerce and Industry</b> PO Box 21455 CY-1509 Nicosia Tel. (357-2) 88 97 52 Fax (357-2) 66 10 44 E-mail: demetrap@cco.org.cy

<b>EESTI</b>
<b>Eesti Kaubandus-Tööstuskoda</b> (Estonian Chamber of Commerce and Industry) Toom-Kooli 17 EE-0001 Tallinn Tel (372) 646 02 44 Fax (372) 646 02 45 E-mail: einfo@koda.ee URL: <a href="http://www.koda.ee">http://www.koda.ee</a>

<b>HRVATSKA</b>
<b>Mediatrade Ltd</b> Pavla Hatza 1 HR-10000 Zagreb Tel (385-1) 481 94 11 Fax (385-1) 481 94 11
<b>MAGYARORSZÁG</b>
<b>Euro Info Service</b> Expo tér 1 Hungexpo Európa Központ PO Box 44 H-1101 Budapest Tel. (36-1) 264 82 70 Fax (36-1) 264 82 75 E-mail: euroinfo@euroinfo.hu URL: <a href="http://www.euroinfo.hu">http://www.euroinfo.hu</a>

<b>MALTA</b>
<b>Miller Distributors Ltd</b> Malta International Airport PO Box 25 Luqa LQA 05 Tel. (356) 66 44 88 Fax (356) 67 67 99 E-mail: gwirth@usa.net

<b>POLSKA</b>
<b>Ars Polona</b> Krakowskie Przedmiescie 7 Skr pocztowa 1001 PL-00-950 Warszawa Tel. (48-22) 826 12 01 Fax (48-22) 826 62 40 E-mail: books119@arspolona.com.pl

<b>ROMÂNIA</b>
<b>Euromedia</b> Str Dr. Marcovici, 9, sector 1 RO-70749 Bucuresti Tel. (40-1) 315 44 03 Fax (40-1) 315 44 03 E-mail: euromedia@mailcity.com

<b>ROSSIYA</b>
<b>CEEC</b> 60-letiya Oktyabrya Av. 9 117312 Moscow Tel (7-095) 135 52 27 Fax (7-095) 135 52 27

<b>SLOVAKIA</b>
<b>Centrum VTI SR</b> Nám. Slobody, 19 SK-81223 Bratislava Tel. (421-7) 54 41 83 64 Fax (421-7) 54 41 83 64 E-mail: europ@ttb1.sltk.stuba.sk URL: <a href="http://www.sltk.stuba.sk">http://www.sltk.stuba.sk</a>

<b>SLOVENIJA</b>
<b>Gospodarski Vestnik</b> Dunajska cesta 5 SLO-1000 Ljubljana Tel. (386) 613 09 16 40 Fax (386) 613 09 16 45 E-mail: europ@gvestnik.si URL: <a href="http://www.gvestnik.si">http://www.gvestnik.si</a>

<b>TÜRKIYE</b>
<b>Dünya Infotel AS</b> 100, Yil Mahallesi 34440 TR-80050 Bagciyar-Istanbul Tel. (90-212) 629 46 89 Fax (90-212) 629 46 27 E-mail: infotel@dunya-gazete.com.tr

<b>ARGENTINA</b>
<b>World Publications SA</b> Av. Cordoba 1877 C1120 AAA Buenos Aires Tel (54-11) 48 15 81 56 Fax (54-11) 48 15 81 56 E-mail: wpbooks@infovia.com.ar URL: <a href="http://www.wpbooks.com.ar">http://www.wpbooks.com.ar</a>

<b>AUSTRALIA</b>
<b>Hunter Publications</b> PO Box 404 3067 Abbotsford, Victoria Tel. (61-3) 94 17 53 61 Fax (61-3) 94 19 71 54 E-mail: jpdavies@ozemail.com.au

<b>CANADA</b>
<b>Les éditions La Liberté Inc.</b> 3020, chemin Sainte-Foy G1X 3V6 Sainte-Foy, Québec Tel. (1-418) 658 37 63 Fax (1-800) 567 54 49 E-mail: liberte@mediom.qc.ca

<b>Renouf Publishing Co. Ltd</b> 5369 Chemin Canotek Road Unit 1 K1J 9J3 Ottawa, Ontario Tel. (1-613) 745 26 65 Fax (1-613) 745 76 60 E-mail: order.dept@renoufbooks.com URL: <a href="http://www.renoufbooks.com">http://www.renoufbooks.com</a>
---

<b>EGYPT</b>
<b>The Middle East Observer</b> 41 Sherif Street Cairo Tel. (20-2) 392 69 19 Fax (20-2) 393 97 32 E-mail: inquiry@meobserver.com URL: <a href="http://www.meobserver.com.eg">http://www.meobserver.com.eg</a>

<b>INDIA</b>
<b>EBIC India</b> 3rd Floor, Y. B. Chavan Centre Gen. J. Bhosale Marg. 400 021 Mumbai Tel. (91-22) 282 60 64 Fax (91-22) 285 45 64 E-mail: ebic@giabm01.vsnl.net.in URL: <a href="http://www.ebicindia.com">http://www.ebicindia.com</a>

<b>JAPAN</b>
<b>PSI-Japan</b> Asahi Sanbancho Plaza #206 7-1 Sanbancho, Chiyoda-ku Tokyo 102 Tel. (81-3) 32 34 69 21 Fax (81-3) 32 34 69 15 E-mail: books@psi-japan.co.jp URL: <a href="http://www.psi-japan.co.jp">http://www.psi-japan.co.jp</a>

<b>MALAYSIA</b>
<b>EBIC Malaysia</b> Suite 45 02, Level 45 Plaza MBf (Letter Box 45) 8 Jaian Yap Kwan Seng 50450 Kuala Lumpur Tel (60-3) 21 62 62 98 Fax (60-3) 21 62 61 98 E-mail: ebic-kl@mol.net.my

<b>MÉXICO</b>
<b>Mundi Prensa México, SA de CV</b> Río Pánuco, 141 Colonia Cuauhtémoc MX-06500 México, DF Tel (52-5) 533 56 58 Fax (52-5) 514 67 99 E-mail: 101545 2361@compuserve.com

<b>PHILIPPINES</b>
<b>EBIC Philippines</b> 19th Floor, PS Bank Tower Sen. Gil J. Puyat Ave. cor. Tindalo St. Makati City Metro Manila Tel. (63-2) 759 66 80 Fax (63-2) 759 66 90 E-mail: ecpcpm@globe.com.ph URL: <a href="http://www.ecpc.com">http://www.ecpc.com</a>

<b>SOUTH AFRICA</b>
<b>Eurochamber of Commerce in South Africa</b> PO Box 781738 2146 Sandton Tel. (27-11) 884 39 52 Fax (27-11) 883 55 73 E-mail: info@eurochamber.co.za

<b>SOUTH KOREA</b>
<b>The European Union Chamber of Commerce in Korea</b> 5th Fl, The Shilla Hotel 202, Jangchung-dong 2 Ga, Chung-ku 100-392 Seoul Tel. (82-2) 22 53-5631/4 Fax (82-2) 22 53-5635/6 E-mail: euccck@euccck.org URL: <a href="http://www.euccck.org">http://www.euccck.org</a>

<b>SRI LANKA</b>
<b>EBIC Sri Lanka</b> Trans Asia Hotel 115 Sir chittampalam A. Gardiner Mawatha Colombo 2 Tel. (94-1) 074 71 50 78 Fax (94-1) 44 87 79 E-mail: ebicsl@tmin.com

<b>UNITED STATES OF AMERICA</b>
<b>Bernan Associates</b> 4611-F Assembly Drive Lanham MD20706 Tel. (1-800) 274 44 47 (toll free telephone) Fax (1-800) 865 34 50 (toll free fax) E-mail: query@bernan.com URL: <a href="http://www.bernan.com">http://www.bernan.com</a>

<b>ANDERE LÄNDER/OTHER COUNTRIES/ AUTRES PAYS</b>
<b>Bitte wenden Sie sich an ein Büro Ihrer Wahl/Please contact the sales office of your choice/Veuillez vous adresser au bureau de vente de votre choix</b> Office for Official Publications of the European Communities 2, rue Mercier L-2985 Luxembourg Tel. (352) 29 29-42455 Fax (352) 29 29-42758 E-mail: info.info@cec.eu.int URL: <a href="http://eur-op.eu.int">http://eur-op.eu.int</a>



OFFICE FOR OFFICIAL PUBLICATIONS  
OF THE EUROPEAN COMMUNITIES  
OFFICE DES PUBLICATIONS OFFICIELLES  
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

L-2985 Luxembourg

ISBN 92-828-8316-7



9 789282 883167