

L'INEFFICACITÉ DES CLAUSES VEXATOIRES DANS LE NOUVEAU CODE CIVIL ROUMAIN

Juanita GOICOVICI*

ABSTRACT: *The article focuses on the complexity of the contemporary diversification of the sanctions applicable to unfair clauses, in the context of the entering into force of the Romanian New Civil Code on October 1st, 2011, as well as on the persisting difficulties surrounding the distinction between the relative nullity of an unfair clause, the inexistence and the rescission, as potential remedies. The new regulation marks one step towards a timid convergence of the respective regimes of nullity and rescission, while in contracts concluded by consumers the judge remains able to eliminate unfair contractual terms as being “struck out” or “unwritten”. The duty of fair dealing appears as a generally applicable obligation, in the sense that the parties are subject to it from the start of the negotiations through the formation of the contract or even beyond it, through the performance of the contractual duties. Secondly, the texts of the New Civil Code forbid taking an excessive benefit from the contract when the other party is in a situation of weakness, emotional, informational or economic. We also insist on the sanction for the bad faith in Consumer Law, applicable in parallel to the new regulation of contracts, in hypotheses in which a professional party is in an advantageous contractual position resulting from the use of unfair contractual terms. The legal texts according to which a special duty of fairness is imposed on the “strong” party when consumers are not able, because of their position, their situation or their competence, to negotiate the contract or its terms, is also analysed in correlation with the repression of unfair terms by the New Civil Code, thus being enclosed the clauses which aim to create or result in the creation, to the detriment of the non-professional or the consumer, of a significant imbalance between the rights and obligations of the contractual parties.*

KEYWORDS : *unfair clauses, consumer, nullity, invalidity of contract, New Civil Code.*

JEL CLASSIFICATION: *K 12*

* Chargée de cours, docteur en droit, Faculté de Droit de l'Université “Babeş-Bolyai” de Cluj-Napoca, ROUMANIE.

1. INTRODUCTION¹

L'une des plus visibles innovations législatives apportées par le Nouveau Code Civil, en vigueur à partir du 1 Octobre 2011, est celle de l'introduction de la *lésion* comme vice du consentement applicable aux majeurs, en s'opposant à l'ancienne réglementation qui permettaient seulement aux personnes mineures d'invoquer la nullité du contrat contenant des clauses visiblement inéquitables.

Le terme « vexatoire », même si expressément inutilisé par le législateur, est applicable à toutes clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, soit par l'avantage disproportionné réservé pour l'une des parties sans que l'autre ait la chance de négocier les termes contractuels, soit par l'abus de droit (de la liberté contractuelle) commis par une partie ou par le profit injuste tiré de l'ignorance, l'état de nécessité ou l'abus de faiblesse de l'autre partie. C'est ainsi que la nouvelle réglementation a des réverbérations importantes aussi sur les normes spéciales applicables au profit des consommateurs en contrats d'adhésion.

En termes de l'art. 1221 du Nouveau Code Civil, la lésion existe dans toutes les situations dans lesquelles une partie, en profitant de l'état de nécessité, de l'inexpérience ou de l'ignorance de l'autre, stipule pour soi ou pour une tierce partie une prestation considérablement plus grande que celle exécutée par soi même, au moment de la conclusion du contrat. Conformément à l'alinéa (2) de l'article précité, « l'existence de la lésion est établie compte tenu de la nature et du but du contrat ». Quant à la sanction applicable, en termes de l'art. 1222 du Nouveau Code Civil, « la partie dont le consentement a été vicié par la lésion peut invoquer soit la nullité relative du contrat, soit la réduction proportionnelle de ses obligations par rapport aux dommages et intérêts dont la débitrice devient l'autre partie ». Le législateur a opté pour l'innovation des conditions de recevabilité de l'action en nullité relative, en établissant par l'alinéa (2) de l'art. 1222 que ladite action soit recevable seulement dans les cas où la lésion dépasse une moitié de la valeur, au moment de la conclusion du contrat, de la prestation promise ou exécutée par la partie lésée, une disproportion que doit subsister jusqu'au moment de l'introduction de la demande en nullité. En tout cas, le juge peut conserver les rapports contractuels si l'autre partie offre une réduction équitable de sa créance ou, selon le cas, une augmentation de sa propre obligation.

L'art. 1224 du Nouveau Code Civil s'occupe des situations d'irrecevabilité de l'action en lésion, en énumérant parmi les contrats exclus de la protection légale contre la lésion les contrats aléatoires (dont l'élément *aléa* exclut toute idée d'équilibre contractuel assumé au moment de la conclusion de l'acte) et la transaction (dont le but est de faire des concessions réciproques en vue d'éviter la prolongation du litige, sans que lesdites concessions soient nécessairement équilibrées). Les nouvelles dispositions légales modifient aussi la prescription de l'action en lésion, en établissant un terme spécial de 2 ans à partir du moment de la conclusion du contrat.

La théorie relativement récente des clauses vexatoires avait souligné une relation incommode ou même contradictoire entre la sanction de la nullité, totale ou partielle du contrat et celle de l'inefficacité de l'acte conclu par le consommateur, qui a déterminé

¹ Article élaboré avec le support de CNCSIS –UEFISCSU, projet PD_396/2010 intitulé « La rétractation de la volonté juridique en Droit privé. Repères d'une théorie générale des droits potestatifs de rétractation ».

certain auteurs à plaider pour l'application unitaire du premier remède et pour l'omission du second². De plus, une quantité considérable d'études ont argumenté la besoin de nuancer, (re)formuler, (re)structurer la théorie classique des clauses vexatoires³, en proposant en même temps « la restauration » de l'inefficacité comme partie composante du mécanisme légal de lutte contre les clauses abusives en contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs.

On se propose dans les pages suivantes de parcourir les principaux repères en matière de répression légale des clauses vexatoires, en insistant sur la notion de clause lésionnaire et de clause abusive (1), en analysant les sanctions potentiellement applicables (2), à côté de l'émergence du nouveau principe de la bonne foi « objective », destinée à servir comme critère d'appréciation de l'existence de l'abus de droit pendant la période précontractuelle (3) et la fonction classique subjective, calée sur la faute de la partie, de la bonne foi contractuelle (4).

2. LA REPRESSION DES CLAUSES VEXATOIRES

2.1. Le changement d'optique en matière de réglementation de la lésion par le Nouveau Code Civil

La notion de la « clause vexatoire » enveloppe trois types de situations :

(a) les clauses lésionnaires, par lesquelles une partie, en profitant de l'état de nécessité, de l'inexpérience ou de l'ignorance de l'autre, stipule pour soi ou pour une tierce partie une prestation considérablement plus grande que celle exécutée par soi-même, au moment de la conclusion du contrat (entre majeurs une double condition étant ajoutée, celle que la lésion dépasse, au moment de la conclusion du contrat, une moitié de la valeur de la prestation promise ou exécutée par la partie lésée et que la disproportion subsiste jusqu'au moment de l'introduction de la demande en nullité) ;

(b) les clauses abusives *stricto sensu*, c'est-à-dire les stipulations des contrats d'adhésion, rédigées par les professionnels et qui, ne pouvant être négociées par les consommateurs, ont créé ou ont eu la potentialité de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au moment de la conclusion du contrat, contrairement aux exigences de la bonne foi contractuelle ;

(c) toute clause qui a été insérée dans le contrat civil ou commercial, en résultant de l'abus de la liberté contractuelle de l'une des parties qui, animée d'une cause immorale, profite de l'état de faiblesse ou l'état de nécessité de l'autre partie en imposant des termes contractuels exagérés, même si indépendamment de toute déséquilibre objectif ou

² Voir I. F. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, « Pandectele Române » n° 2/2004, p. 204.

³ Les contributions les plus notables appartiennent à Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 68-76 ; A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 112-145 ; G. Paisant, *À propos des vingt-cinq ans de la commission des clauses abusives en France*, « Études offertes à J. Béguin », Litec, Paris, 2005, p. 605-608 ; T. Coupez, F. Verbiest, *Commercialisation à distance des services financiers*, « Le Dalloz », 2006, p. 1706-1708 ; A.-M. de Matos, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*, P.U.A.M., Marseille, 2001, p. 112-147 ; A. Ghazi, *De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics*, « Le Dalloz », 2001, p. 2812-2814.

patrimonial significatif entre les prestations réciproques (ainsi la distinguant des situations de la lésion).

Quant à la lésion, celle-ci est réglementée par les dispositions du Nouveau Code Civil en termes bien surprenants, par opposition au dispositif légal ancien, applicable jusqu'au 1^{er} Octobre 2011. Premièrement, les rédacteurs du Code ont opté pour l'extension du remède de la lésion aux personnes majeures qui ont contracté en termes visiblement désavantageux faute d'information ou de pouvoir de négociation, en maintenant le dispositif protecteur pour les mineurs aussi. Secondement, les rédacteurs du Code mentionnent la nécessité de la preuve du comportement coupable de l'autre partie, en établissant que celle-ci ait profité économiquement de l'état de faiblesse de la victime de la lésion (i), tout en ajoutant un critère objectif (ii), de l'avantage patrimonial injuste tiré du contrat par l'autre partie (art. 1221).

2.2. Réverbérations des dispositions du Nouveau Code Civil sur la répression des clauses vexatoires par le Droit de la consommation

Au niveau communautaire, les termes utilisés par la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs sont ceux des « clauses abusives », ainsi englobant les hypothèses d'abus de droit (de la liberté contractuelle) commis par le professionnel, aussi que les situations lésionnaires pour le consommateur.

Du premier point de vue, il est évident que la Directive Communautaire concernée établit un fond répressif commun envisagé pour les clauses abusives ou vexatoires dans les contrats conclus par les consommateurs, c'est-à-dire par les personnes physiques qui agissent en buts non professionnels ou en dehors de toute activité professionnelle.

Le régime particulier des clauses abusives en contrats de la consommation mérite une explication supplémentaire. On ne doit pas confondre la notion de clause abusive avec celle de « clause illicite ». Chaque fois que la loi interdit une telle clause, elle devient illicite ; pour autant, celle-ci est réputée comme « abusive » en termes de la Loi n° 193/2000 sur les clauses abusives⁴ seulement si elle a été imposée par un contractant au consommateur, en abusant d'une quelconque supériorité, informationnelle, financière etc.

Quant aux rapports entre le droit de la consommation et le droit civil en matière de répression des clauses vexatoires, il n'est pour autant pas nécessaire de parler d'antagonisme. L'existence d'un droit spécial applicable aux clauses abusives n'empêche pas le consommateur de placer son action en justice sur le terrain des conditions du Nouveau Code Civil, si celles-ci lui deviennent plus favorables (en termes de prescription du droit d'agir en justice, preuve de la faute, valeur des dommages et intérêts etc.)⁵.

C'est une différence substantielle qui persiste, entre le dispositif protecteur du droit de la consommation et la répression de la lésion par le Nouveau Code Civil : le droit de la consommation cherche à éviter le déséquilibre créé pour le consommateur par les clauses d'un contrat d'adhésion, qui n'est pas toujours un déséquilibre économique entre

⁴ Republiée dans le Moniteur Officiel n° 305 du 18 avril 2008.

⁵ Voir, pour une analyse des interdépendances, N. Sauphanor-Bouillard, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 116.

la valeur du bien ou du service et le prix à payer. En d'autres termes, le particulier vendeur d'un terrain à un développeur immobilier, décidant à vendre pour un prix visiblement inférieur à la valeur réelle du bien, faute d'information ou de pouvoir de négociation, n'est pas la victime d'une clause abusive en termes de la Loi n° 193/2000 sur les clauses abusives (la clause du prix substantiellement bas n'étant pas absolument abusive), mais la victime d'une lésion dont la répression peut être obtenue par l'invocation des remèdes de l'art. 1221-1224 du Nouveau Code Civil.

2.3. La « liste grise » et la « liste noire » des clauses abusives

La liste annexée à la Loi n° 193/2000 sur les clauses abusives est une liste « mixte », contenant des fragments de liste grise (des clauses potentiellement abusives) et des segments de liste noire (des clauses invariablement abusives) ; elle est aussi une *liste indicative*, qui n'épuise pas la variété pratique des clauses vexatoires pour le consommateur, mais qui indique au juge les hypothèses les plus fréquentes de l'abus de droit commis par les professionnels au moment de la rédaction des contrats d'adhésion.

À mon avis, l'opposition des deux listes, des clauses potentiellement abusives et des clauses absolument abusives permet d'établir une série de règles probatoires autonomes, applicables aux contrats de la consommation : (1) en cas des clauses relativement abusives, le consommateur doit apporter la preuve du déséquilibre contractuel significatif ; de l'autre côté, le professionnel peut se soustraire de la responsabilité en apportant la preuve de sa bonne foi, c'est-à-dire de la conformité des dispositions contractuelles utilisées aux usages du commerce pratiqué généralement acceptés comme licites ; (2) contrairement, en cas des clauses absolument abusives, aucune preuve de la bonne foi ne peut être invoquée par le professionnel, sa mauvaise foi étant absolument présumée ; de plus, aucune preuve du déséquilibre significatif entre les prestations réciproques n'est sollicitée de la part du consommateur, le déséquilibre étant invariablement présumé comme existant en présence d'une telle clause. On doit également noter que, dans les hypothèses des clauses potentiellement abusives, l'introduction d'un élément contractuel ou la stipulation d'un droit similaire au profit du consommateur permet de rééquilibrer la balance contractuelle, en évitant l'application de l'étiquette des clauses abusives ; dans le second cas, des clauses invariablement abusives, situées sur la liste noire, aucun équilibre ne peut être recomposé, l'avantage reçu par le professionnel étant manifestement illicite.

Par exemple, une clause compromissoire⁶, obligeant le consommateur de porter chaque litige futur devant un ou plusieurs arbitres fait partie de la liste noire des clauses abusives, tandis que le compromis peut être librement convenu entre les professionnels et les consommateurs après l'apparition du litige. La clause compromissoire étant convenue préalablement à tout litige éventuel, elle est toujours vexatoire pour le consommateur en ce sens que le dernier ne peut avoir, au moment de la conclusion du contrat d'arbitrage, l'image complète et exacte des droits auxquels il renonce ou sur la portée desquels il convient avec le professionnel.

⁶ L'Alinéa l) de l'Annexe à la Loi n° 193/2000, précitée.

En termes similaires, la clause attributive de compétence⁷ insérée dans un contrat d'adhésion est manifestement vexatoire, en faisant partie de la liste noire des clauses absolument abusives. Une telle clause, en forçant le consommateur à se déplacer vers une instance autre que celle du droit commun, lui impose des dépenses inutiles ou exagérées qui aboutissent à décourager le consommateur d'appeler aux voix judiciaires.

La liste noire comporte aussi des clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une de ses obligations [paragraphe h) de l'Annexe à la Loi n° 193/2000 sur les clauses abusives]; le droit à réparation du préjudice étant garanti par la Constitution, aucune autre stipulation contractuelle ne peut rééquilibrer l'injustice commise au consommateur par l'introduction d'une telle clause, la dernière étant absolument vexatoire. Ce sont aussi des clauses faisant partie de la liste noire les stipulations permettant au professionnel d'apporter des modifications unilatérales aux caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre [paragraphe e) de l'Annexe à la loi citée]⁸.

2.4. Réverbérations sur les principes d'interprétation des contrats

L'ambiguïté des clauses des contrats faisant nécessaire la procédure d'interprétation judiciaire peut être cataloguée soit comme étant « intrinsèque » aux termes contractuels, en ce sens que la lecture de la clause équivoque ne permettra pas de savoir quelle est sa véritable portée, soit comme « extrinsèque » aux clauses contractuelles litigieuses, en ce sens qu'une certaine clause soit claire en elle-même, mais ambiguë par rapport à d'autres stipulations conventionnelles, comme dans le cas où les conditions particulières de la vente contredisent les conditions générales de la vente émanant du même professionnel. Vue de l'angle de la conduite coupable du vendeur, l'ambiguïté des clauses des contrats d'adhésion peut être « involontaire » et donc pas imputable au professionnel ou « volontaire », en ce sens que l'équivoque est calculé par le professionnel en vue d'échapper de ses obligations. Les deux catégories des clauses font l'objet de la procédure d'interprétation, en permettant le juge de fixer la véritable portée des engagements contractuels pris par les parties.

En droit de la consommation, les stipulations contractuelles équivoques sont toujours interprétées *en faveur du consommateur*, en sa qualité de « partie faible » et indépendamment de sa qualité de créancier ou débiteur, de vendeur ou d'acheteur (l'art. 77 du Code roumain de la consommation). Il s'agit d'une disposition légale spéciale dont l'application exclusive doit être observée. Dans les autres cas, les textes du Nouveau Code Civil seront incidents ; en termes de l'article 1269 du Nouveau Code Civil, les clauses équivoques sont interprétées *en faveur du débiteur* ; cette règle admet pourtant une exception, celle de la vente ; en termes du deuxième alinéa de l'article cité, les stipulations évasives des contrats d'adhésion sont interprétées contre la partie qui les avait proposées, ce qui confirme la règle posée par l'art. 77 du Code de la consommation contre le professionnel auteur du texte contractuel. Quant au contrat de vente entre deux particuliers

⁷ L'Alinéa l) et m) de l'Annexe à la Loi n° 193/2000, précitée.

⁸ Similairement, une clause qui permet au professionnel vendeur d'apprécier unilatéralement la conformité du produit livré fait partie de la liste noire des clauses abusives [paragraphe f) de l'Annexe à la loi citée].

ou entre deux professionnels, la règle spéciale de l'article 1671 du Nouveau Code Civil impose l'interprétation des clauses équivoques *en faveur de l'acheteur*, sauf disposition légale contraire ; en matière de contrats de la consommation, la qualité d'acheteur n'est pas relevante, la qualité de consommateur étant suffisante pour générer l'application de la règle spéciale d'interprétation.

3. LES SANCTIONS APPLICABLES – PAS VERS UNE DOCTRINE D'ENSEMBLE

3.1. L'abandonnement prudent de la primauté de la demande en nullité

Le texte de l'art. 1222 du Nouveau Code Civil frappe l'acte lésionnaire de la nullité relative⁹, susceptible d'être confirmée et dont l'invocation est réservée aux personnes protégées par la loi. Néanmoins, les nouvelles dispositions légales modifient la prescription de l'action en nullité pour lésion, en établissant un terme spécial de 2 ans à partir du moment de la conclusion du contrat. Les rédacteurs du Nouveau Code Civil ont permis à l'acquéreur d'écarter la rescision du contrat lésionnaire en offrant le supplément manquant (art. 1222). La lésion suppose qu'un préjudice soit réalisé au moment de la conclusion du contrat, la demande en nullité n'étant recevable que pour le déséquilibre contemporain à la conclusion de l'acte.

À mon avis, la nullité pour défaut du prix d'outre moitié (la nullité fondée sur la lésion) diffère substantiellement de la nullité pour l'erreur sur la valeur du bien ou même du dol commis par la partie avantagée, quant au régime juridique ; premièrement, ce sont les conditions de recevabilité qui se détachent. Pour retenir l'existence du dol, il faut plus qu'une simple lésion, même supérieure à une moitié de la prestation réciproque. Secondement, c'est le domaine de la nullité qui diffère, car la demande en nullité pour le dol ou l'erreur est recevable même dans le cas des contrats aléatoires ou gratuits, en temps que la demande en lésion ne soit pas admissible (l'art. 1224 du Nouveau Code Civil).

3.2. La sanction alternative de « la réduction »

Les rédacteurs du Nouveau Code Civil ont élargi la sphère des remèdes juridiques pouvant être invoqués par le lésé, en ajoutant la sanction alternative de la réduction de l'engagement excessif. Conformément à l'art. 1222 du Nouveau Code Civil, « la partie dont le consentement a été vicié par la lésion peut invoquer soit la nullité relative du contrat, soit la réduction proportionnelle de ses obligations par rapport aux dommages et intérêts dont la débitrice devient l'autre partie ». Néanmoins, l'option réductrice n'est pas l'apanage exclusif du lésé ; la partie avantagée peut aussi demander au juge de maintenir les rapports contractuels, en s'offrant à diminuer sa créance ou d'augmenter sa prestation, selon le cas (art. 1222). Désireux d'assurer la force obligatoire des contrats, les rédacteurs du Code ont préféré le remède de la réduction à la demande en nullité, car si le but du mécanisme légal protecteur est de rééquilibrer les prestations

⁹ Pour les tiers ayant acquis des droits sur la chose entre le moment de la conclusion du contrat lésionnaire et sa dissolution, la nullité présente l'inconvénient de la rétroactivité, qui anéantit les droits constitués sur la chose par la partie avantagée.

réciproques du contrat synallagmatique, on peut y parvenir par des moyens détournés ou moins radicales que la solution de la nullité du contrat, en valorisant les efforts conjoncturels de la partie avantagée de maintenir les relations conventionnelles à l'abri d'une réfaction des obligations contractuelles.

4. LA BONNE FOI OBJECTIVE, DANS SA DIMENSION D'ÉVALUATION-CORRECTION

4.1. L'opposition récente entre la « bonne foi subjective » et la « bonne foi objective »

Contrairement au sens subjectif commun de la notion, le critère de la bonne foi, utilisé pour décider que les clauses des contrats souscrits entre les professionnels et les consommateurs soient vexatoires, est interprété dans le sens objectif du terme, en se focalisant non plus sur la conduite éventuellement coupable du professionnel, mais sur l'état objectif des usances d'un tel type de commerce.

Sur le terrain des contrats civils et commerciaux¹⁰, les rédacteurs du Nouveau Code Civil ont valorisé les deux thèses possibles du fondement de l'action en rescision pour lésion ; en termes de l'art. 1222 du Nouveau Code Civil, « la partie dont le consentement a été vicié par la lésion peut invoquer soit la nullité relative du contrat, soit la réduction proportionnelle de ses obligations par rapport aux dommages et intérêts dont la débitrice devient l'autre partie ». Les rédacteurs du Code ont enregistré la lésion parmi les vices du consentement ; de plus, il s'agit d'un vice fondé sur la faute de l'autre partie ou sur la conduite coupable de celle-ci, car la dernière doit avoir profité de l'état de nécessité, de l'inexpérience ou de l'ignorance de l'autre, en stipulant pour soi ou pour une tierce partie une prestation considérablement plus grande que celle exécutée par soi-même, au moment de la conclusion du contrat.

Pourtant, le critère objectif, de l'avantage patrimonial visiblement injuste tiré du contrat par l'autre partie (qui doit dépasser la moitié de la valeur, au moment de la conclusion du contrat, de la prestation promise ou exécutée par la partie lésée, si celle-ci est majeure) est aussi exploité par les rédacteurs de la nouvelle législation civile, ce qui est de nature à compliquer l'analyse et de rendre plus difficile la mission des juges.

On doit noter que la thèse subjective conduirait à exiger la preuve du vice du consentement de la partie lésée, à côté de la preuve du préjudice causé par le contrat ; le lésé a l'intérêt d'invoquer la lésion réglée par l'art. 1221 du Nouveau Code Civil dans tous les cas où les conditions de l'erreur, du dol ou de la violence¹¹ ne soient pas remplies. D'autre côté, la thèse objective fonde la lésion sur le déséquilibre manifesté entre la prestation fournie et l'avantage tiré du contrat par l'autre partie, indépendamment de toute preuve de la faute de celle-ci. Si les rédacteurs du Code avaient opté seulement pour le fondement fourni par la thèse objective, la répression de la lésion serait une application de la théorie de la cause en contrats synallagmatiques, où chaque prestation devrait constituer

¹⁰ Le Nouveau Code Civil représente le droit commun applicable aux contrats commerciaux faute de dispositions spéciales.

¹¹ Rappelons que l'erreur du vendeur sur la valeur du bien vendu n'est pas en soi une cause de la nullité du contrat, faute que l'autre partie ait profité de l'ignorance ou de l'état de contrainte du vendeur.

une justification suffisante pour l'exécution des obligations réciproques; en ce cas, la convention lésionnaire serait annulée pour défaut partiel de cause, sans rechercher si cette situation était la conséquence d'un vice du consentement, car l'absence ou l'insuffisance d'un élément essentiel du contrat justifierait en soi la rescision des rapports contractuels indépendamment de la faute de l'autre partie.

En revenant sur le terrain des dispositions du Nouveau Code Civil roumain, deux observations sont nécessaires : (1) les rédacteurs du Code, en ignorant l'effet jurisprudentiel d'un tel mélange, ont hybridé le fondement de la lésion, en établissant que celle-ci représente un vice du consentement (« la partie le consentement de laquelle a été vicié » - l'art. 1222 du Code) ; (2) le critère économique double le critère subjectif, de la faute de l'autre partie, par l'option du législateur qui, dans le texte de l'article 1222 impose que l'action en nullité soit recevable seulement dans les cas où la lésion dépasse une moitié de la valeur, au moment de la conclusion du contrat, de la prestation promise ou exécutée par la partie lésée, une disproportion que doit subsister jusqu'au moment de l'introduction de la demande en nullité.

Cependant, il reste le problème des différences de régime entre les clauses lésionnaires en termes de l'art. 1221 du Nouveau Code Civil et les clauses abusives acceptées par les consommateurs ; en ces derniers cas, le juge est préoccupé d'établir la contrariété entre le contenu de la clause litigieuse et les exigences de la bonne foi objective, calibrées en fonction des usages licites d'un tel type de commerce. Au contraire, la bonne foi en soi ne représente pas un critère autonome sur le terrain de la lésion en contrats civils et commerciaux autres que ceux conclus par les consommateurs ; évidemment, en ayant économiquement profité de l'état de nécessité, de l'état de contrainte ou de l'ignorance de la victime de la lésion, l'autre contractant est de mauvaise foi, mais ce qui est important est d'établir l'existence d'un déséquilibre significatif entre les prestations au moment de la conclusion du contrat et qu'un tel déséquilibre soit produit par le profit tiré par l'autre partie de l'état de contrainte du lésé. En résumé, le législateur exige, en termes du Nouveau Code Civil, que la partie lésée prouve son ignorance, son état de faiblesse ou la tromperie dont la victime a été au moment de la conclusion de l'acte lésionnaire, en excluant ainsi toute intention libérale (de faire une libéralité) et donc de prouver l'altération de son consentement dont l'autre contractant ait profité.

4.2. « L'obligation de transparence », au moment de la rédaction du contrat

L'obligation de transparence revenant aux professionnels est énoncée par le premier alinéa d'art. 1 de la Loi n° 193/2000 sur les clauses abusives en contrats conclus par les consommateurs, instituant la règle selon laquelle les clauses conçues par les professionnels soient toujours rédigées de façon claire et compréhensible. Il s'agit d'une obligation précontractuelle distincte de celle d'information et de conseil ; les dernières visent l'obligation du professionnel de communiquer au consommateur, au moment de la conclusion du contrat, les caractéristiques essentielles du bien ou du service, en termes de l'art. 27, l'alinéa b) du Code roumain de la consommation. Quant à l'obligation précontractuelle de transparence, celle-ci se rallie au caractère lisible des clauses contractuelles. L'exigence de la lisibilité des clauses est aussi une exigence formelle, car les caractères utilisés par le professionnel doivent être compréhensibles, en évitant toute ambiguïté pouvant déformer le consentement du consommateur. La faute du professionnel

dans l'exécution de l'obligation de transparence étant relativement présumée, il revient au celui-ci la mission de s'exonérer en apportant la preuve de sa diligence.

À mon avis, la qualification de « vice du consentement » appliquée à la lésion par les rédacteurs de l'article 1222 du Nouveau Code Civil est sinon critiquable, au moins exagérée, car il résulte des articles 1221-1224 que le juge n'ait pas à procéder à une véritable analyse du consentement ou des comportements des parties, autre que celle destinée à fixer l'avantage tiré par l'autre partie de l'ignorance, l'inexpérience ou la faiblesse du lésé, si la disproportion mathématique des prestations subsiste à la limite de ½ de la prestation du lésé. Il reste de conclure que, dans les cas où l'une des parties a été vraiment frappée d'un état de nécessité, de contrainte ou de manque d'expérience (en vendant à un prix trop bas, par exemple), l'altération du consentement ne produit pas de conséquences juridiques en termes de lésion si la perte contractuelle ne dépasse pas une moitié de la prestation exécutée.

5. CONCLUSIONS

En énumérant, dans l'article 1222 du Nouveau Code Civil, la lésion parmi les vices du consentement, le législateur roumain consacre, à mon avis, la primauté de la « thèse subjective » qui fonde la rescision du contrat sur un vice du consentement, à côté du dol, de l'erreur et de la violence, sans abandonner pourtant la « thèse objective » de la lésion, qui fonde la rescision sur le déséquilibre économique significatif entre la prestation fournie et l'avantage retiré du contrat.

Le nouveau dispositif répressif des clauses lésionnaires n'exclut pas la possibilité du consommateur (personne physique agissant au dehors de toute activité professionnelle) d'invoquer alternativement les normes légales spéciales du droit de la consommation, ainsi que celles relatives aux clauses abusives, chaque fois que ses intérêts soient protégés par les secondes.

Les différences notables entre la « liste noire » des clauses abusives, dont les clauses auraient été frappées d'inefficacité à l'égard du consommateur et la « liste grise », dont les clauses auraient été présumées d'être abusives à l'égard du consommateur sous la réserve de la preuve contraire apportée par le professionnel, ne peuvent être retenues que dans les rapports contractuels entre les consommateurs (personnes physiques agissant en buts non professionnels) et les professionnels du commerce ou des services. Les personnes morales, y comprises les sociétés commerciales, étant confrontées avec l'existence d'une clause abusive, ne peuvent pas invoquer le dispositif protecteur spécial de la Loi n° 193/2000 sur les clauses abusives, celle-ci étant destinée à conforter la confiance des consommateurs (i); les personnes morales pourraient opter pour le mécanisme légal de la rescision du contrat pour lésion en termes de l'art. 1221 du Nouveau Code Civil (ii). L'existence reconnue d'un rapport de *genus* à *species* entre les normes générales du Nouveau Code Civil (l'art. 1221-1224 sur la lésion) et les normes qui règlent les rapports contractuels entre les consommateurs et les professionnels, particulièrement celles de la Loi n° 193/2000 sur les clauses abusives, en instituant la primauté des dernières, n'exclut pas le droit du consommateur d'opter pour le dispositif de la loi civile chaque fois qu'une clause abusive est en même temps lésionnaire en termes de l'art. 1221 du Nouveau Code Civil.

Néanmoins, même si enregistrée parmi les « vices du consentement » par les rédacteurs du Nouveau Code Civil, la lésion reste un vice du consentement spécial. En termes de l'article 1222, l'action en nullité pour lésion est recevable seulement dans les cas où la lésion dépasse $\frac{1}{2}$ de la valeur, au moment de la conclusion du contrat, de la prestation promise ou exécutée par la partie lésée, une disproportion que doit subsister jusqu'au moment de l'introduction de la demande en nullité. Les spécificités de la lésion sont doublées par celles de l'action en nullité, qui se prescrit en 2 ans, en temps que les actions en nullité relative de droit commun sont prescriptibles en 3 ans. Enfin, la partie avantagée peut sauver le contrat lésionnaire, en offrant le supplément de sa prestation ou en renonçant à un fragment de sa créance, en vue de rééquilibrer le contrat synallagmatique.