

La vulnérabilité économique

Rapport roumain

Răzvan Dincă

Professeur à l'Université de Bucarest

razvan.dinca@razvandinca-legal.ro

Chapitre 1 – Droit commun des contrats

Ce chapitre, se propose d'expliquer comment le droit commun des contrats prend en compte la vulnérabilité économique au travers des règles de formation et d'exécution du contrat applicables en Roumanie.

Il convient de dire que, par rapport aux évolutions en droit comparé, le droit roumain reste parmi les plus fidèles à la conception classique fondée sur le principe de l'égalité juridique des parties dans la formation et l'exécution du contrat. L'explication de ce libéralisme tenace réside dans le particularisme de l'évolution historique de la Roumanie dans la seconde moitié du XXème siècle.

Même si le Code civil de 1864, largement inspiré par le Code Napoléon, est resté techniquement en vigueur pendant le régime communiste de 1946-1989, l'application de ses normes s'est vidée d'esprit et, finalement, du contenu. Quasiment toutes les entreprises étaient déclarées des organisations socialistes et, même si formellement, elles continuaient de conclure des contrats entre elles, la volonté exprimée dans ces contrats était celle de leur dirigeant unique : l'état appliquant les principes du « centralisme démocratique » et de l'économie planifiée. La pratique de leur relations avec les citoyens individuels (clients ? usagers ? consommateurs ?) était imprégnée par la primauté de l'intérêt collectif par rapport aux intérêts individuels. Tandis que l'agent économique était porteur des intérêts collectifs son partenaire particulier était vu comme le titulaire mesquin et égoïste de l'intérêt individuel.

La faillite globale de l'économie étatique et l'appauvrissement chronique de la population ont été les conséquences les plus évidentes de ces conceptions. Dans ces conditions, le changement radical apporté par la révolution anticommuniste a réorienté les esprits et la vie économique vers la meilleure des expériences vécues avant le communisme, qui était celle de la société capitaliste de l'entre-deux-guerres. Le modèle de cette économie était plutôt fondé sur des concepts comme individu, liberté, égalité abstraite, que sur la protection de la partie faible. Ce dernier desideratum a été ensuite assimilé d'une manière progressive mais réservée. Pour commencer, la doctrine¹ a développé des concepts-cadre de l'ancien Code civil comme la bonne-foi ou l'abus de droit dans des sens imprégnés par les fonctions sociales su

¹ Voir D. Gherasim, *Buna credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei, București, 1981 ; I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988 ; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 2005, Ed a V-a, p. 22-27 ; J. Goicovici, *Moralizarea contemporană a raporturilor contractuale – privire specială asupra dreptului consumației*, en P. Vasilescu (coord.), *Consumerismul contractual*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 156 et s. ; L. Pop, *Încercare de sinteză a principalelor teorii referitoare la fundamentele contractului, cu privire specială asupra principiului autonomiei de voință și a teoriei solidarismului contractual*, RRD, no. 5/2007, p. 75 et s.

droit en général et du contrat en particulier. Le mouvement a continué par l'assimilation rapide par voie de loi spéciale de de l'acquis européen en matière de la protection des consommateurs,² en préparation de l'adhésion de la Roumanie à l'Union Européenne en 2007. En fin des concepts plus spécifiques aptes à appréhender un régime de protection de la partie vulnérable ont été institués dans le nouveau code civil entré en vigueur de 2011,³ tels que la lésion, les contrats d'adhésion, les clauses exorbitantes, la responsabilité du professionnel etc.

Dans le nouveau Code civil, le principe de la bonne-foi est un concept à large spectre. Le principe de la bonne foi dans l'exercice des droits et l'exécution des obligations figure parmi les principes fondateurs du droit civil, tels que prévus par le Titre préliminaire du Code (art. 14 alin. (1)⁴). La prohibition de l'abus de droit est elle aussi conçue comme une application de ce principe, dès que selon l'art. 15 C. civ.⁵ la violation de la bonne foi est un trait définitoire d'un tel abus. Comme disposition généralement applicable en matière de contrats, dans la formation et dans l'exécution du contrat, le devoir de bonne foi des parties à un caractère impératif, ainsi que toute convention contraire de leur part serait nulle (art. 1170 C. civ.⁶)

En matière de formation du contrat, la liberté contractuelle est limitée par le devoir des parties de respecter les exigences de la bonne foi.⁷ Ces exigences n'imposent en principe l'obligation de conclure le contrat, mais la rupture de négociations peut être fautive si elle n'est pas raisonnablement justifiée par la conduite du partenaire auquel on a créé l'attente ferme que le contrat va être conclu. D'autre coté, il est contraire à la bonne foi de commencer ou continuer

² Voir, par exemple, R. Dincă, *L'influence du droit de l'Union Européenne sur le régime de la conformité de la chose vendue dans le nouveau Code civil roumain*, en E. S. Tănăsescu (ed.), *Approches franco-roumaines face au défi européen*, Actes du Colloque anniversaire du Collège Juridique franco-roumain d'études européennes, Ed. Institutul European, Iași, 2012, p. 45 et s.

³ Tous les articles dont le numéro est précisé dans ce rapport sans mentionner la loi à laquelle ils appartiennent font partie sous ce numéro du Code Civil publiée en 2009 et mis en vigueur par la Loi no. 71/2011. Sauf pour les cas où l'auteur de ce rapport a considéré nécessaire de faire des petites modifications à la traduction, les textes du Code Civil roumain sont cités dans cet article dans leur forme publiée en français: *Nouveau Code civil roumain trad. Commentée*, Juriscope / Dalloz, 2013.

⁴ « Toute personne physique ou morale doit exercer ses droits et exécuter ses obligations civiles de bonne foi, conformément à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »

⁵ « Aucun droit ne peut être exercé dans le but de nuire à autrui, ni de façon excessive et déraisonnable, contrairement à la bonne foi ».

⁶ « Les parties doivent agir avec bonne foi autant lors de la négociation et de la conclusion du contrat, que durant le temps de son exécution. Elles ne peuvent pas écarter ni limiter cette obligation. »

⁷ Art. 1183 C. civ. (1) Les parties ont la liberté d'initier, de mener et de rompre les négociations et ne peuvent pas être tenues responsables de l'échec de celles-ci. (2) La partie qui s'engage dans une négociation est tenue de respecter les exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent pas convenir de limiter ni d'exclure cette obligation. (3) Est contraire aux exigences de la bonne foi, entre autres, la conduite de la partie qui initie ou continue des négociations sans avoir l'intention de conclure le contrat. (4) La partie qui initie, continue ou rompt les négociations d'une manière contraire à la bonne foi répond du préjudice causé à l'autre partie. Pour estimer ce préjudice, il sera tenu compte des dépenses engagées en vue des négociations, du renoncement de l'autre partie à d'autres offres et de toutes autres circonstances similaires. »

à négocier sans avoir l'intention de conclure le contrat.⁸ Comment ces principes peuvent ils s'appliquer pour protéger la partie faible ?

La bonne foi implique l'essai honnête (volontaire et réel) d'approcher les positions des parties en vue de conclure un contrat valable. Le partenaire fort dans les négociations qui devrait être conscient des vulnérabilités de l'autre partenaire devrait lui fournir, à un temps approprié pour ne pas prolonger en vain le processus de négociation, les éléments qu'il connaît, qui sont liés aux prestations à être incluses dans l'objet du contrat négocié et qui sont aptes à permettre à ce partenaire d'en donner un consentement valable donc éclairé.

Pour ce qui est de la phase d'exécution du contrat, la bonne foi est un standard général dans l'exécution des obligations contractuelles. Selon la doctrine,⁹ ce standard implique loyauté et coopération de la part de l'une des parties envers l'autre.¹⁰ La loyauté nécessite l'exécution par le débiteur de ses propres obligations contractuelles d'une telle façon qu'il n'empêche le créancier de réaliser pleinement l'intérêt qu'il a poursuivi par la conclusion du contrat, intérêt que le débiteur a connu ou devrait avoir connu au moment de cette conclusion. Le devoir de coopération implique d'exercer les droits contractuelles de telle manière à ne pas soumettre l'autre partie à des conséquences excessives auxquelles elle ne pouvait pas raisonnablement s'atteindre au moment de la conclusion du contrat.

Pour ce qui est de la protection de la partie faible, ce standard implique de la part forte une obligation de s'abstenir à tirer un profit excessif de la vulnérabilité de son cocontractant. Une fois que le régime de l'adaptation du contrat pour cause d'imprévision a été introduit un droit roumain, ce standard implique de la part du contractant fort le devoir de manifester une ouverture réelle pour l'adaptation conventionnelle du contrat dans les cas où des circonstances survenues à sa conclusion ont rendu son exécution excessivement onéreuse pour la partie faible. La vulnérabilité de celle-ci, connue au cocontractant dès la conclusion du contrat, va faciliter d'établir ce caractère excessif.

Section 1 – La formation du contrat

§ 1^{er} – Information

Même si le Code civil de 2011 prévoit, en première pour le droit roumain, un régime de droit commun pour la formation du contrat, il ne consacre pas toutefois une obligation précontractuelle d'information. L'existence d'une telle obligation peut néanmoins être déduite du principe de la bonne-foi comme déjà indiqué.

⁸ Voir A. Almășan, Les pourparlers en droit civil roumain, en M. Behar Touchais (dir.), M. Behar-Touchais, *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain. Vol. 1*, IRJS Editions, Paris, 2016, p.5 et s.

⁹ Art. 1214 alin. (1) C. civ. : « Le consentement est vicié par dol lorsque l'erreur est provoquée par les manœuvres frauduleuses de l'autre partie ou lorsque cette dernière a omis, de façon frauduleuse, d'informer son cocontractant à propos de certaines circonstances qu'elle devait lui communiquer. »

¹⁰ Voir L. Pop, *Solidarismul contractual și obligațiile părților în cursul executării contractelor*, RRDP, no. 1/2017, p. 317 et s.

De plus, la sanction du dol par réticence peut s'expliquer comme consécration indirecte de cette obligation.¹¹ Pour entraîner l'annulabilité du contrat et/ou la responsabilité civile du cocontractant,¹² l'omission de communiquer au cocontractant « les circonstances qu'elle devait lui communiquer » doit être frauduleuse, donc guidée par l'intention d'induire l'autrui en erreur.¹³ En ce qui concerne l'objet de cette obligation, en plus les informations que le contractant aurait dû communiquer en vertu d'une disposition légale spéciale,¹⁴ il doit communiquer des informations dont il connaît à la foi qu'elles devraient avoir une influence déterminante sur le consentement du cocontractant et que celui-ci les manque ou en est en erreur.

La violation du devoir précontractuel d'information est sanctionnée en principe par la responsabilité délictuelle et, si le contrat est conclu faute de l'information nécessaire, par la possibilité de la victime de demander l'annulation de ce contrat.

Parfois, toutefois, le législateur organise des conséquences contractuelles du non-respect de l'obligation d'information, comme par exemple, dans les contrats translatifs, la garantie contre l'éviction produite pour des causes de droit non-communicées à l'acquéreur lors de la conclusion du contrat ou contre les vices cachés de la chose existante à cette date et non-communicées à l'acquéreur. Pour le vendeur professionnel certains auteurs¹⁵ prônent même une obligation de connaître les vices des produits qu'ils vendent, ainsi que la découverte ultérieure de tels vices par l'acquéreur permettrait d'engager leur obligation de réparer l'entier dommage cause par tels vices.

Aussi, en matière du contrat d'entreprise le manque par l'entrepreneur, présumé professionnel, de communiquer aux bénéficiaire l'information technique qu'il devrait connaître à l'égard de l'objet des travaux engagés peut avoir des conséquences contractuelles, telle que l'inefficacité du contrat ou la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur, en cas de désaccord avec le bénéficiaire pour la modification du projet initial qui s'avère nécessaire par rapport aux éléments sur lesquelles l'information n'a pas été correctement ou complètement fournie dans la phase précontractuelle.

Enfin, lorsque, pour cadrer leurs négociations, les parties ont conclu des accords préparatoires par rapport au contrat envisagé, si l'exécution de tels contrats implique la fourniture de

¹¹ Voir I. F. Popa, *Dolul și obligația de informare în contractele sinalagmatice*, Dreptul, 7/2002, p. 70 et s.; V. Pătulea, *Obligația de informare în formarea contractelor*, RDC, no. 6/1998, p. 77 et s.; D. Chirică, *Obligația de informare și efectele ei în faza precontractuală a vânzării-cumpărării*, RDC, no. 7-8/1999, p. 51 et s.

¹² Art. 1215 alin. (2) C. civ. : « Indépendamment de l'annulation du contrat, l'auteur du dol est responsable des préjudices qui pourraient en résulter. »

¹³ Voir L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. II. Contractul*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2009, p. 262.

¹⁴ Art. 1214 alin. (2) C. civ.: « La partie dont le consentement a été vicié par dol peut demander l'annulation du contrat, même si son erreur n'avait pas été essentielle. » Art. 1207 alin. (2) : « L'erreur est essentielle lorsqu'elle porte : 1. sur la nature ou sur l'objet du contrat ; 2. sur l'identité de l'objet de la prestation ou sur une de ses qualités ou sur toute autre circonstance considérée comme essentielle par les parties et sans laquelle le contrat n'aurait pas été conclu ; 3. sur l'identité de la personne ou sur une qualité de celle-ci sans laquelle le contrat n'aurait pas été conclu. »

¹⁵ Voir I. F. Popa, *Conformitatea lucrului vândut*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 84 et s.; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Vol. I. Vânzarea și schimbul*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 429.

certaines informations nécessaires à l'autre partie pour la conclusion de ce contrat, la responsabilité pour l'omission de les fournir va avoir une nature contractuelle.

§ 2 – *Vices de consentement. Lésion*

Le Code civil de 2011 a aussi bien innové par un élargissement considérable du domaine et une redéfinition du concept de lésion. Tandis que l'ancienne réglementation lui réservait une place marginale laissant comprendre qu'elle est plus un complément des incapacités d'exercice de protection qu'un vice de consentement (la lésion ne pouvait s'appliquer qu'aux actes de gestion conclus sans l'autorisation du protecteur légal par le mineur à capacité d'exercice restreinte), le nouveau code la consacre comme un vice de consentement à part entière : l'art. 1221 déclare « constitutif de lésion le fait, pour l'une des parties, de profiter de l'état de besoin, du manque d'expérience ou du manque de connaissances de l'autre partie, afin de stipuler, en sa faveur ou en faveur d'une autre personne, une prestation d'une valeur considérablement plus grande, à la date de la conclusion du contrat, que la valeur de sa propre prestation. »¹⁶

Par rapport à cette définition, la lésion peut être vue comme espèce d'un autre vice de consentement. Profiter du manque d'expérience ou du manque de connaissances de l'autre partie pour la faire accepter certaines stipulations est une sorte de dol, voire d'erreur. Tirer profit de l'état de besoin de l'autre partie pour la faire conclure un contrat désavantageux peut s'encadrer dans un état de nécessité, désormais inclus dans le vice de la violence. A cet égard, dans le contexte de ce dernier vice, l'art. 1218 C. civ. dispose que « Le contrat conclu par une partie se trouvant en état de nécessité ne peut être annulé que si l'autre partie a profité de cette circonstance. »

Comme l'erreur, le dol ou la violence, la lésion attire l'annulabilité du contrat ou la réduction de la prestation promise par la partie lésée à concurrence des dommages-intérêts auxquels elle peut prétendre.¹⁷ Quel est alors le spécifique de la lésion ? C'est une différence spécifique entre la lésion et les autres vices de consentement qui attire un régime plus restrictif d'application de cette sanction.

Ainsi, il convient d'observer que tous les cas de lésion se fondent sur une faiblesse préexistante au contrat : un état de besoin ou un manque de connaissances ou d'expérience. Cette faiblesse doit être connue par le cocontractant qui en tire profit. Ce profit doit se manifester par une disproportion flagrante des prestations au détriment de la partie faible. Si la partie faible ne se plaint que de cette disproportion, sans pouvoir identifier une erreur portant sur le contenu des prestations convenues, alors sa possibilité de demander la nullité est en principe limitée au cas où, tant au moment de la conclusion du contrat qu'au celui de la demande, la disproportion entre les valeurs respectifs des prestations assumées

¹⁶ Pour l'analyse de cette nouvelle réglementation, voir C. T. Ungureanu, *Reflecții privind leziunea, viciu de consimțământ, în statornicirea Codului civil (Legea nr. 287/2009)*, Dreptul, no. 10/2012, p. 22; D. Chirică, *Leziunea – între reglementarea vechiului și noului Cod civil, In Memoriam Mircea Mureșan*, Ed. Universul Juridic, București, 2014. Voir aussi L. Pop, L. Pop, *Echilibrul contractual și leziunea în contracte*, Dreptul, nr. 11/2008, p. 82 și urm. ; S. Neculaescu, *Leziunea – viciu de consimțământ sau dezechilibru contractual?*, RRDP no. 3/2010, p. 69 et s.

¹⁷ « Art. 1222. Sanction. (1) La partie dont le consentement a été vicié par lésion peut demander, à son choix, l'annulation du contrat ou la réduction de ses obligations à concurrence des dommages-intérêts auxquels elle peut prétendre. »

réciroquement est de 50% au moins.¹⁸ Ce seuil ne s'applique toutefois si la victime de la lésion est un mineur qui ne doit établir que le caractère excessif de la prestation qu'il a assumé, par rapport à son état patrimonial, aux avantages obtenus du contrat ou à l'ensemble des circonstances.¹⁹ Si en droit commun l'annulabilité par voie d'action se prescrit en trois ans et par voie d'exception est imprescriptible, dans le cas où elle se fonde sur la lésion, la prescription opère à l'égard tant de l'action que de l'exception à l'expiration d'un délai d'un an.²⁰

A la lecture de ces dispositions, il résulte que la faiblesse à la conclusion du contrat ne donne un fondement spécifique pour l'annuler que d'une manière très exceptionnelle. Si elle rend la partie faible victime d'une erreur, essentielle ou provoquée par dol, ou d'une contrainte dont l'autre partie profite, alors elle est entièrement soumise au droit commun et la seule spécificité est que, dans les faits de société, la partie faible se trouve plus souvent dans la position de s'en prévaloir. Sinon, en règle générale, la faiblesse même celle dont le cocontractant a profité, ne donne lieu à l'annulabilité que dans un très court délai et seulement lorsque le déséquilibre des prestations d'elle a entraîné est plus d'une moitié.

Dans aucun cas, à l'égard de la sanction des vices de consentement, le droit roumain ne distingue pas selon que l'émetteur de la proposition de contracter ou de l'offre qui a abouti à la conclusion du contrat est lui-même la victime du vice. Il est donc possible que lorsqu'une partie économiquement faible émet une proposition qui lui est manifestement désavantageuse, l'autre partie qui se limite à accepter une telle proposition pour tirer profit de cet état de faiblesse peut subir l'annulabilité du contrat ainsi conclu ou une réduction des prestations dues comme effet de ce contrat.

§ 3 – *Contrat d'adhésion*

L'art. 1175 C. civ. définit le contrat d'adhésion : « Le contrat est d'adhésion lorsque ses clauses essentielles sont imposées ou rédigées par l'une des parties, pour celle-ci ou sur la base de ses instructions, l'autre partie n'ayant que la possibilité de les accepter telles qu'elles » Dans une interprétation systématique du code, dont il résulte qu'un élément du contrat est essentiel si sa présence ou son contenu conditionne la validité du contrat, on peut définir les clauses essentielles comme étant celles dont la présence ou contenu conditionne la validité du contrat en entier, de sorte que la nullité de l'une d'elles entraînerait la nullité totale du contrat. Lorsqu'à la conclusion du contrat, l'une des parties n'a eu, en fait, que la possibilité soit de ne pas conclure le contrat, soit d'accepter comme telles les clauses essentielles proposées par ou sur les instructions de l'autre partie, le contrat est d'adhésion.²¹

¹⁸ Art. 1222 alin. (2) C. civ. : « (2) A l'exception du cas mentionné au troisième alinéa de l'article 1221, l'action en annulation est recevable uniquement si la lésion est supérieure à la moitié de la valeur qu'avait la prestation promise ou exécutée par la partie lésée, au moment de la conclusion du contrat. La disproportion doit persister jusqu'à la date de la demande en annulation. »

¹⁹ Art. 1221 alin. (3) C. civ. : « La lésion peut aussi être constituée lorsque le mineur est tenu par une obligation excessive eu égard à son état patrimonial, aux avantages obtenus du contrat ou à l'ensemble des circonstances. »

²⁰ « Art. 1223. *Le délai de prescription.* (1) Le droit à l'action en annulation ou en réduction des obligations pour lésion se prescrit dans un délai d'un an à compter de la date de la conclusion du contrat. (2) L'annulabilité du contrat ne peut être opposée par voie d'exception lorsque le droit à l'action est prescrit. »

²¹ Voir aussi L. Pop, *Tratat...*, *op. cit.*, p. 126 et s.

Quelques conséquences découlent de cette qualification. Lorsque les autres règles d'interprétation du contrat n'arrivent pas à éliminer les doutes quant aux effets convenus par une certaine clause, celle-ci n'est pas interprétée en faveur du débiteur, comme en droit commun, mais au détriment de la partie qui les a proposées.²² Il résulte que, si une clause non-essentielle d'un contrat d'adhésion n'est pas proposée par la même partie qui a proposé les clauses essentielles, elle ne serait pas soumise à cette règle spéciale et, en cas de doute, va être interprétée en faveur du débiteur. L'interprétation *contra proferentem* prévaut même en matière de vente ou elle écarte la règle spécifique de l'interprétation des clauses douteuses contre le vendeur.²³

Aussi, par dérogation au droit commun, sous peine de nullité absolue, les contrats d'adhésion ne peuvent pas inclure des clauses modifiant la durée, le point de départ, les causes de la suspension ou de l'interruption des délais de prescription extinctives telles que celles-ci sont prévues par la loi. Même si les textes ne sont pas clairs à cet égard,²⁴ leur interprétation téléologique au sens de la protection de la partie faible, impose que la nullité absolue de telles clauses ne joue que pour les cas où leur application limiterait par rapport à la loi le droit d'action de la partie qui a dû accepter les clauses essentielles du contrat d'adhésion.

§ 4 – *Clauses abusives*

Le concept de clause abusive n'est pas en tant que tel opérationnel dans le droit commun des contrats. Toutefois, mis à part la lésion, déjà analysée dans le contexte des vices de consentement, le législateur a aussi instauré un autre mécanisme en vue prévenir l'abus de dominance que la partie qui a plus des connaissances, d'expérience ou de force économique pourrait essayer d'imposer à son cocontractant par le biais du contenu des clauses incluses dans le contrat qu'elle lui propose.

Ce mécanisme est centré autour du concept de clause exorbitante. Pour être exorbitante une certaine clause doit être une clause type et déroger au droit supplétif applicable au contrat en cause.

²² Art. 1269 alin. (2) C. civ. : « Les clauses des contrats d'adhésion s'interprètent contre celui qui les a proposées. »

²³ « Art. 1671. *L'interprétation des clauses de la vente.* Les clauses douteuses du contrat de vente s'interprètent en faveur de l'acheteur, sous réserve des règles applicables aux contrats conclus avec les consommateurs et aux contrats d'adhésion. »

²⁴ Art. 2515 C. civ. : « (3) Toutefois, dans les limites et conditions prévues par la loi, les parties qui ont pleine capacité d'exercice peuvent, par accord exprès, modifier la durée des délais de prescription ou modifier le cours de la prescription en fixant son départ ou en modifiant les clauses relatives à sa suspension ou son interruption. (4) Les délais de prescription peuvent être réduits ou augmentés, par accord exprès des parties, à condition que la nouvelle durée ne soit pas inférieure à un an et supérieure à dix ans, à l'exception des délais de prescription de dix ans ou plus, qui peuvent être prolongés jusqu'à vingt ans. (5) Les dispositions des troisième et quatrième alinéas ne s'appliquent pas aux droits d'agir dont les parties ne peuvent pas disposer, ni aux actions résultant des contrats d'adhésion, d'assurance et de ceux soumis à la législation relative à la protection du consommateur. (6) Toute convention ou clause contraire aux dispositions du présent article est frappée de nullité absolue. »

Les clauses type sont les stipulations établies préalablement par l'une des parties pour être utilisées de façon générale et répétée et qui sont incluses dans le contrat sans avoir été négociées avec l'autre partie (art. 1202 alin. (2) C. civ.). Les clauses essentielles d'un contrat d'adhésion y sont incluses mais la catégorie des clauses types est plus large. Même si le cocontractant a eu la possibilité de négocier la clause préparée par le proposant en vue d'une utilisation répétée, la clause garde la qualification de clause type si cette possibilité n'a pas été exercée *in concreto* par ce cocontractant. Une clause type peut figurer dans les conditions générales du proposant ou même dans un modèle qu'il a l'habitude de proposer dans son affaire pour une certaine catégorie de contrats, même si cette proposition est destinée par son auteur à être négociée avec son cocontractant.

En ce qui concerne la condition que la clause déroge aux règles légales applicable au contrat en cause, l'art. 1203 C. civ.²⁵ contient une énumération limitative²⁶ des dérogations qui qualifient une clause type comme exorbitante. Les stipulations incluses dans cette énumération sont de deux catégories : dérogations en faveur du proposant et dérogations au détriment du son cocontractant. Le fait que le bénéfice est instauré aussi en faveur du cocontractant ou que les mêmes obligations, charges ou limites s'appliquent au proposant est sans intérêt ; c'est n'est pas le déséquilibre entre les parties qui est prévenu, mais l'écart par rapport au droit supposé connu et assumé par le cocontractant, écart qui, si on ne s'assure du contraire, pourrait être entièrement « construit » par le proposant.

Les clauses exorbitantes en raison de la faveur qu'elles procurent au proposant, sont celles qui stipulent la limitation de sa responsabilité, son droit de dénoncer unilatéralement le contrat ou de suspendre l'exécution de ses obligations. Les clauses exorbitantes en raison de limitations des droits et libertés qu'elles imposent au cocontractant sont celles qui lui imposent la déchéance de l'exercice de certains droits ou du bénéfice du terme, la limitation du droit d'opposer des exceptions, la restriction de la liberté de contracter avec d'autres personnes, le renouvellement tacite du contrat, la loi applicable, les clauses compromissaires ou par lesquelles il est dérogé aux normes relatives à la compétence des juridictions.

Sous peine de nullité absolue (et de retour, en principe, comme conséquence, à l'application du régime légal) les clauses exorbitantes doivent être acceptées expressément en forme écrite par le cocontractant de celui qui les proposent. Il résulte qu'une acceptation globale par signature du contrat ou elles figurent ne satisfait pas à cette exigence formelle ; la forme écrite du consentement doit relever sans doute, pour chacune des clauses exorbitantes d'un certain contrat, que le cocontractant du proposant a spécifiquement accepte ladite clause.

Section 2 – L'exécution du contrat

²⁵ « Art. 1203. *Clauses exorbitantes*. Les clauses types qui aménagent, en faveur de celui qui les propose, la limitation de la responsabilité, le droit de résilier unilatéralement le contrat, de suspendre l'exécution des obligations ou qui prévoient au détriment de l'autre partie la déchéance de l'exercice de certains droits ou du bénéfice du terme, la limitation du droit d'opposer des exceptions, la restriction de la liberté de contracter avec d'autres personnes, le renouvellement tacite du contrat, la loi applicable, les clauses compromissaires ou par lesquelles il est dérogé aux normes relatives à la compétence des juridictions ne produisent leurs effets que lorsqu'elles sont acceptées expressément, par écrit, par l'autre partie. »

²⁶ Voir A. A. Moise, en F. A. Baias, R. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articol*, Ed. C.H.Beck, București, 2012, p. 1260 ; Contra, I. F. Popa, *Contractul*, en L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 92.

§ 1^{er} – *Interprétation*

Comme mentionné auparavant dans le contexte des contrats d'adhésion, en droit roumain l'interprétation vise à déterminer la volonté concordante des parties, même au-delà des mots qu'elles ont utilisés pour exprimer cette intention.²⁷ Des méthodes comme celle de l'interprétation téléologique, de l'interprétation systématique, de la recherche de l'effet utile des clauses et mots utilisés etc. peuvent servir à cet objectif.

Si l'application des autres règles d'interprétation ne succède pas à dissiper le doute, à titre subsidiaire l'interprétation doit se faire en faveur du débiteur. Cette règle subsidiaire ne s'applique pas aux contrats d'adhésion à l'égard desquelles l'interprétation des clauses douteuses se fait à l'encontre du proposant.

La règle d'interprétation *contra proferentem* est donc admise seulement à titre subsidiaire et exceptionnel. Elle inspire la solution donnée en matière de contrats d'adhésion, déjà indiquée et celle donnée en matière de vente. En effet les auteurs expliquent la règle subsidiaire spéciale que l'interprétation des clauses douteuses du contrat de vente se fait contre le vendeur par le fait que, d'habitude, celui qui décide de vendre sa chose établit aussi, en exercice de son droit de disposition juridique sur cette chose, les conditions de la vente. Il est donc présumé, d'une manière irréfragable, comme avoir proposé la clause douteuse, ce qui justifie d'écarter le doute à son détriment.

Ces raisonnements attestent qu'en principe, le fait pour une partie de proposer une clause douteuse n'est pas une circonstance indifférente par rapport à l'interprétation de cette clause. Par conséquent, cette circonstance peut être prise en compte même en dehors du champ d'application de l'interprétation *contra proferentem* sur la base des arts. 1266 alin. (2)²⁸ et 1268 alin. (2)²⁹ C. civ., qui imposent qu'en vue d'établir la volonté concordante des parties, il faut tenir compte des circonstances pertinentes de la conclusion du contrat et, selon le cas, de sa négociation.

§ 2 – *Modération de l'exercice des droits contractuels*

En principe, le juge ne peut pas modifier le contenu ou l'étendue des droits valablement créés par contrat. Toutefois, il a un certain pouvoir modérateur quant à l'exercice de ces droits.³⁰ En pratique, ce pouvoir est exercé d'une manière extrêmement parcimonieuse, ce qui empêche qu'elle devienne une menace pour la sécurité juridique.

Les plus notables manifestations du pouvoir modérateur du juge sont les suivantes :

- le contrôle de la bonne foi dans l'exercice des droits et l'exécution des obligations ;

²⁷ « Art. 1266. *L'interprétation selon la volonté concordante des parties.* (1) Les contrats s'interprètent selon la volonté concordante des parties et non selon le sens littéral des termes. »

²⁸ « Pour déterminer la volonté concordante il est tenu compte, entre autres, du but du contrat, des négociations entre les parties, des pratiques devenues constantes entre elles et de leur comportement postérieur à la conclusion du contrat. »

²⁹ « Les clauses douteuses s'interprètent en tenant compte, entre autres, de la nature du contrat, des circonstances dans lesquelles il a été conclu (...) »

³⁰ Voir aussi L. Toma, *Les rôles du juge et de la volonté dans l'extinction du contrat – Rapport roumain*, en M. Behar-Touchais, *op. cit.*, p. 357 et s.; R. Dincă, *Le contentieux contractuel*, en SLC, *Les journées franco roumaines de la SLC*, Paris, novembre 2017.

- le rejet de l'exercice abusif des droits ;³¹
- le contrôle du caractère essentiel de l'inexécution injustifiée en vue d'établir la résolution ou la résiliation du contrat ;³²
- le contrôle de la proportionnalité de l'exception d'inexécution ;³³
- la possibilité, en cas de garantie contre les vices cachés de la chose vendue, d'accorder à l'acheteur, sur la proposition du vendeur, un autre remède que celui demandé par l'acheteur si celui-ci s'avère excessif par rapport à la gravité du vice ou à d'autres circonstances, comme, par exemple les conséquences de l'application du remède pour l'acheteur à comparer avec les coûts que l'acheteur devrait subir pour fournir le remède.³⁴

Même plus exceptionnellement, il y a des cas où le juge a un pouvoir modérateur sur l'étendue des droits et des obligations contractuels. Par exemple, en matière de clause pénale, le juge peut réduire le montant de la clause, tant dans l'hypothèse (traditionnelle) de l'inexécution partielle, que dans celle (ajoutée par le code de 2011) où le montant est excessif par rapport au préjudice que les parties pouvaient prévoir au moment où le contrat a été conclu comme découlant de l'inexécution. Dans ce cas, le montant résultant de la réduction doit rester suffisamment élevé pour décourager le débiteur de violer le contrat.³⁵

Une autre manifestation de ce pouvoir de modifier le contrat survient en cas d'imprévision.³⁶ Consacré dans des contours assez vagues par la jurisprudence antérieure, ce mécanisme a été fixé par le Code de 2011 qui en a utilisé comme principale source d'inspiration les principes du droit européen des contrats (art. 6.111). Dans les conditions tracées par le nouveau texte, si des circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat est dont le risque n'est pas assumée par la partie en cause font que l'exécution de ses obligations devient excessivement onéreuse ainsi qu'il serait injuste de lui demander de fournir une telle exécution, l'autre partie est obligée de répondre à une demande de négociation en vue

³¹ » *Art. 15. L'abus de droit.* Aucun droit ne peut être exercé dans le but de nuire à autrui, ni de façon excessive et déraisonnable, contrairement à la bonne foi.»

³² « *Art. 1551. La réduction des prestations.* (1) Le créancier n'a pas droit à la résolution lorsque l'inexécution est de peu d'importance. (...) »

³³ « *Art. 1556. L'exception d'inexécution.* (1) Lorsque les obligations d'un contrat synallagmatique sont exigibles et que l'une des parties n'exécute pas la sienne ou n'offre pas de l'exécuter, l'autre partie peut, proportionnellement, refuser d'exécuter son obligation corrélative, à moins qu'il ne ressorte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu'elle est tenue d'exécuter la première. (2) L'exécution ne peut être refusée si, selon les circonstances et compte tenu du peu d'importance de la prestation inexécutée, ce refus serait contraire à la bonne foi. »

³⁴ Art. 1710 alin. (2) « A la demande du vendeur, le tribunal, tenant compte de la gravité des vices et du but dans lequel le contrat a été conclu, ainsi que de toute autre circonstance, peut prononcer une des mesures mentionnées au premier alinéa, autre que celle sollicitée par l'acheteur. »

³⁵ « *Art. 1541. La réduction du montant de la pénalité.* (1) Le tribunal ne peut réduire la pénalité que lorsque : a) l'obligation principale a été partiellement exécutée et cette exécution a profité au créancier ; b) la pénalité est, de façon évidente, excessive par rapport au préjudice qui pouvait être prévu par les parties à la conclusion du contrat. (2) Dans le cas prévu au b) du premier alinéa, la pénalité ainsi réduite doit demeurer néanmoins supérieure à l'obligation principale. (3) Toute stipulation contraire est réputée non écrite. »

³⁶ Voir G. Viorel, L. A. Viorel, *Configurația impreviziunii în Codul Civil*, Dreptul, no. 2/2012, p. 30 et s.; C. E. Zamșa, *L'imprevision en droit roumain*, en M. Behar Touchais (dir.), *op. cit.* p. 275 et s..

d'adapter le contrat à ces circonstances. En cas d'échec des négociations, la partie intéressée peut s'adresser au juge en lui demandant, soit d'adapter le contrat, soit de faire cesser ses effets.³⁷

Quand, comme suite aux circonstances non imputables au débiteur, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et invincibles lors de leur survenance,³⁸ l'exécution d'une obligation devient définitivement impossible, alors cette obligation est éteinte.³⁹ Si l'obligation devenue impossible à exécuter est une obligation principale dans le contrat, celui-ci est anéanti de plein droit comme effet de cette impossibilité.⁴⁰ Lorsque l'impossibilité est seulement temporaire, son effet est de suspendre l'exécution.⁴¹ Ces effets s'appliquent en principe non seulement si l'invincibilité et l'impossibilité sont absolues, mais aussi lorsque, dans les circonstances concrètes de l'affaire, l'évènement n'a pu être ni prévu et ni empêché par le débiteur⁴².

Si l'objet de la prestation est générique, y compris s'il faut transmettre des choses de genre ou payer de dettes d'argent, alors la force majeure ou le cas fortuit ne peuvent pas déterminer l'extinction d'une telle obligation qui est réputée rester toujours possible à exécuter.⁴³ Il y a une différence importante entre la force majeure et l'imprévision en droit roumain.

³⁷ *Art. 1271. L'imprévision.* (1) Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si leur exécution est devenue plus onéreuse soit en raison de l'augmentation des coûts d'exécution soit en raison de la diminution de la valeur de la contre-prestation. (2) Toutefois, si l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse en raison d'un changement exceptionnel des circonstances qui, à l'évidence, rendrait injuste le fait d'obliger le débiteur à exécuter son obligation, le tribunal peut décider : a) l'adaptation du contrat, afin de répartir de manière équitable, entre les parties, les pertes et bénéfices résultant du changement des circonstances ; b) la cessation du contrat, au moment et dans les conditions fixés par ce tribunal. (3) Les dispositions du second alinéa sont applicables uniquement si a) le changement des circonstances est intervenu après la conclusion du contrat ; b) le changement des circonstances ainsi que son importance n'ont pas été ni ne pouvaient être raisonnablement envisagés par le débiteur au moment de la conclusion du contrat ; c) le débiteur n'a pas pris à sa charge le risque du changement de circonstances ni ne pouvait raisonnablement être réputé l'avoir fait ; d) le débiteur a essayé, dans un délai raisonnable et de bonne foi, de négocier une adaptation raisonnable et équitable du contrat.

³⁸ Art. 1351 alin. (2) « La force majeure est tout évènement extérieur, imprévisible, absolument invincible et inévitable »

³⁹ « *Art. 1634. Notion. Conditions.* (1) Le débiteur est libéré lorsque son obligation ne peut plus être exécutée en raison d'un cas de force majeure, d'un cas fortuit ou d'autres événements similaires, survenus avant qu'il ne soit mis en demeure. »

⁴⁰ « *Art. 1557. L'impossibilité d'exécution.* (1) Lorsque l'impossibilité d'exécution est totale et définitive et concerne une obligation contractuelle importante, le contrat est anéanti de plein droit et sans notification, à compter du moment même de la survenance de l'évènement fortuit. (...) »

⁴¹ Art. 1634 alin. (3): «Lorsque l'impossibilité est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue pour un délai raisonnable, estimé en fonction de la durée et des suites de l'évènement qui a provoqué l'impossibilité d'exécution. »

⁴² Art. 1351: «(3) Le cas fortuit est un évènement qui ne peut être prévu ni empêché par celui qui aurait été appelé à répondre si l'évènement ne s'était pas produit. (4) Lorsque, conformément à la loi, le débiteur est exonéré de sa responsabilité contractuelle en raison d'un cas fortuit, il l'est également en raison de la force majeure. »

⁴³ Art. 1634 alin. (6) « Si l'obligation a pour objet des choses de genre, le débiteur ne peut pas invoquer l'impossibilité fortuite d'exécution. »

L'imprévision peut viser les dettes d'argent, par exemple en cas d'obligation de rembourser un crédit à intérêt variable par rapport aux facteurs dont l'évolution est imprévisible ou par référence à une monnaie étrangère dont le cours connaît des variations qui ne pouvaient pas être anticipées.

Le droit roumain reste fidèle au principe de l'exécution en nature des obligations contractuelles. Ce principe se manifeste dans le mécanisme de la mise en demeure du débiteur,⁴⁴ qui a la fonction de lui donner une dernière chance pour exécuter ce qu'il a promis et de l'avertir sur la mise en œuvre des remèdes de l'inexécution. La notification de mise en demeure doit accorder au débiteur un délai raisonnable dans lequel celui-ci puisse exécuter ce qu'il a promis. Le caractère raisonnable vise à assurer que, dans les circonstances concrètes pertinentes et connues aux parties, le débiteur ait la possibilité effective d'exécuter volontairement son obligation. Lorsque la détresse économique du débiteur est l'une de ces circonstances qui peuvent être opposées au créancier comme facteurs qui déterminent l'objet de l'obligation ou l'application du standard de la bonne foi, elle sera prise en considération pour la détermination de la durée du délai raisonnable.

Pendant cette durée, les remèdes de l'inexécution sont suspendus, sauf pour les dommages-intérêts moratoires qui continuent à courir jusqu'à l'exécution effective. Lorsque la mise en demeure a été faite par demande en justice, alors le délai raisonnable cours pendant le procès. Si le juge estime au moment de sa décision que ce délai n'est pas expiré, il peut accorder au débiteur un délai de grâce par cette décision. L'exécution forcée de l'obligation imposée par la décision de justice ne pourrait pas se faire que si cette obligation n'a pas été volontairement exécutée pendant le délai de grâce ainsi accordé.

Chapitre 2 – Contrats de consommation

Au fur et à mesure du développement de l'économie de marché libre, dont le moteur essentiel est la consommation, et sous l'influence du droit européen, le droit roumain a incorporé de plus en plus instruments de protection des consommateurs à l'égard des contrats qu'ils concluent sur le marché libre avec les professionnels.

Section 1 – Les instruments de protection

§ 1^{er} - Nature

Ces instruments sont en principal des lois. En vertu d'une délégation législative donnée par le Parlement, le Gouvernement peut émettre des ordonnances dont le pouvoir normatif est égal au celui de la loi. Dans l'application des lois et des ordonnances, le Gouvernement peut émettre des décisions. En concordance avec leurs attributions établies par des lois, ordonnances et décisions de gouvernement, des autorités centrales de l'administration spécialisée, notamment l'Autorité Nationale pour la Protection de Consommateurs, ont également un certain pouvoir réglementaire qui leur permet d'émettre des ordres à caractère normatif. Notamment en matière d'utilités publiques, des ordres publiés par les autorités de

⁴⁴ Voir P. Ancel, *Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le nouveau Code civil roumain: influences croisées*, en F. A. Baias, R. Dincă (ed.), *Le nouveau Code civil roumain: Vu de l'intérieur – Vu de l'extérieur. Vol. I*, Editura Universității din București, p. 83 et s., notamm. p. 89-91 ; I. F. Popa, *Contractul civil*, en L. Pop, I. F. Popa, S. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 190.

l'administration centrale (en principes, des ministères de ressort) entérinent des contrats-cadre applicables à certains services.

§ 2 – Instruments de protection à vocation générale

Le droit roumain connaît des dispositifs légaux de protection des consommateurs à vocation générale, comme par exemple celles visant la publicité (Loi no. 142/2000 sur la publicité), la prohibition des clauses abusives (Loi no. 193/2000 sur les clauses abusives dans les contrats commerciaux conclus par les commerçants avec les consommateurs), des pratiques commerciales déloyales (Loi no. 363/2007 sur la lutte contre les pratiques déloyales des commerçants dans leur relation avec les consommateurs et l'harmonisation du droit interne avec la législation européenne en matière de protection des consommateurs), Ordonnance d'Urgence no. 34/2014 sur les droits des consommateurs dans leurs contrats avec les professionnels), la protection des données personnelles (Loi no. 677/2001 pour la protection des personnes à l'égard sur les opérations sur les données à caractère personnel la libre circulation de ces données), les garanties des produits commercialisés par les professionnels (Loi no. 449/2003 sur la vente des produits et les garanties qui en sont associées).

Les dispositifs à vocation plus spécifique, par secteur de marché ou type de contrat, de produit ou de service, sont assez nombreux et détaillés. En principe, ils n'excluent pas en intégralité les dispositifs généraux de protection, mais se trouvent avec ceux-ci dans un rapport plus nuancé, découlant du principe classique de solution du conflit des dispositions légales *specialia generalibus derogant, generalia specialibus non derogant*. Par conséquent, lorsque les dispositifs comparés ont la même force normative, dans le domaine d'application des dispositifs spéciaux ils s'appliquent d'une manière prioritaire en écartant, sur le même aspect, le régime juridique fondé sur les dispositifs généraux. Toutefois, si un certain aspect de régime juridique n'as pas une solution expresse dans le dispositif spécial, mais seulement dans le dispositif général, c'est cette dernière qui s'applique, même dans le secteur spécifique régi par le dispositif spécial.

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

Il faut noter, en premier, que les instruments généraux, contiennent des paquets normatifs spéciaux applicables aux contrats à distance, aux contrats conclus par les consommateurs avec les professionnels en dehors des espaces à destination commerciale, au commerce électronique etc.

D'un autre cote, parmi les types de secteurs de marché qui jouissent des instruments spécifiques ayant des implications aussi sur le contenu ou le régime des contrats de consommation, on peut énumérer les suivants :

- les prestations de services touristiques (Ordonnance du Gouvernement no. 107/1999 sur la commercialisation des paquets de services touristiques) ;

- les services de logement touristique (Décision du Gouvernement no. 1267/2010 sur les attestations de qualification, les licences et les brevets de tourisme ; Décision du Gouvernement no. 805/2001 concernant des mesures d'information sur les tarifs maximales des services de logement touristique ; Décision du Gouvernement no. 237/2001 sur les normes applicables à l'accès, l'évidence et la protection des touristes dans les établissements de logement touristique ; Décision du Gouvernement no. 306/2001 sur les tarifs et taux non-discriminatoires pour les touristes roumains) ;
- le commerce avec les produits de tabac (Loi no. 349/2002 sur la prévention et la lutte contre la consommation de produits de tabac) ;
- les transports aériens (Ordonnance du Gouvernement no. 29/1997 sur le Code aérien civil) ;
- les services financiers (Ordonnance d'Urgence no. 50/2010 sur les contrats de crédit pour les consommateurs, Ordonnance du Gouvernement no. 51/1997 sur les opérations de crédit-bail et les sociétés de crédit-bail, Ordonnance d'urgence du Gouvernement no. 52/2016 sur les contrats de crédit offerts aux consommateurs pour des biens immeubles) ;
- l'échange d'argent (Ordre no. 632/2009 sur certaines mesures d'information des consommateurs par les agents économiques qui déroulent des activités d'échange d'argent) ;
- les assurances (Loi no. 32/2000 sur l'activité d'assurances et la surveillance des assurances) ;
- les services d'hygiène personnelle (Ordre no. 1136/2007 sur les normes applicables aux services de beauté) ;
- les services d'agrément (Décision du Gouvernement no. 452/2003 sur les activités d'agrément nautique ; Décision du Gouvernement no. 435/2010 sur le régime de mise sur le marché et en exploitation d'équipements d'agrément) ;
- les contrats d'acquisition des immeuble en régime d'utilisation périodique (Ordonnance d'Urgence du Gouvernement no. 14/2011 pour la protection des consommateurs à la conclusion et l'exécution des contrats d'acquisition le droit d'utilisation pour une période déterminée d'un ou plusieurs espaces de logement, des contrats à long terme sur les services de vacance des contrats de revente et des contrats d'échange) ;
- le commerce des produits et de services (l'Ordonnance du Gouvernement no. 99/2000 sur le commerce de produits et de services sur le marché) ;
- les utilités publiques (Loi no. 241/2006 sur la fourniture d'eau et les services de canal ; Loi no. 458/2002 sur la qualité de l'eau potable ; Loi no. 325/2006 sur le service public de fourniture de l'énergie thermique ; Loi no. 51/2006 sur les services communautaires d'utilités publiques ; Loi no. 123/2012 sur l'énergie électrique et le gaz naturel ; Loi no. 101/2006 sur les services de salubrité) ;
- les ventes des bijoux et des métaux précieux (Ordonnance d'Urgence du Gouvernement sur le régime des métaux précieux et des pierres précieuses en Roumanie) ;
- les ventes vers les consommateurs des automobiles et des équipements électroniques et électriques à destination domestique (Loi no. 245/2004 sur la sécurité générale des

produits ; L'ordonnance du Gouvernement no. 80/2000 sur l'attestation et l'homologation des équipements, pièces et matériaux d'exploitation à être utilisées dans les véhicules terrestres et leur conditions de mise sur le marché) ;

- les ventes de produits de pétrole (Décision du Gouvernement no. 928/2012 sur les conditions de mise sur le marché de l'essence et du gazole) ;
- les ventes des produits alimentaires (Loi no. 150/2004 sur la sécurité des aliments à destination humaine ou animale).

Cette énumération reste seulement illustrative et elle se limite en principe aux sources de législation primaire. Dans le domaine des standards techniques qui définissent la conformité minimale des produits ou des services, ainsi que dans celui des informations fournies au consommateur lors de la conclusion du contrat, soit par étiquetage (à l'occasion de l'offre dans l'étape précontractuelle) soit par les prospectus, instructions et manuels d'utilisation qui sont fournies à la délivrance du produit vendu, il y a des dizaines et centaines d'instruments normatifs d'origine européenne ou nationale qui descendent souvent à un niveau très détaillé de réglementation.

La responsabilité spécifique pour des produits défectueux, qui est conçue comme séparée et additionnelle à celle résultant des contrats à consommation, fait aussi l'objet d'une loi spécifique (Loi no. 240/2004) qui transpose l'acquis européen en matière. D'ailleurs, il peut être raisonnablement contesté que l'obligation de sécurité en général puisse avoir une nature contractuelle. Le Code Civil roumain a plusieurs dispositions qui semblent exclure du domaine du contrat le dommage causé à l'intégrité physique ou psychique de la personne, qui entraîne toujours une responsabilité délictuelle de la part de celui qui la cause, sans que son devoir de réparation puisse être écartée ou limitée avant que le préjudice s'ait été produit.

§ 4 – Le consommateur protégé

Il y a plusieurs définitions du consommateur dans les diverses instruments applicables au domaine. Elles ne diffèrent pas d'une manière essentielle, ce qui permet à la doctrine⁴⁵ de les synthétiser : le consommateur est une personne physique ou un groupe de personnes physiques constitué dans une association qui achète, acquies, utilise ou consomme des biens et des services en dehors d'une activité professionnelle, y compris commerciale.

L'inexpérience n'est pas donc un élément déterminant en tant que tel ; par contre celui qui conclut un contrat en dehors d'une activité professionnelle semble être réputée, de manière irréfragable, se trouver dans un état d'infériorité par rapport à un cocontractant qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle. La nature de cette infériorité, économique, informationnelle, psychologique est peu importante au stade de la définition ; toutefois, le fait que l'infériorité peut se manifester dans toutes ces dimensions va attirer les techniques de protection spécifiques menées à réparer le déséquilibre sur chacun de ces niveaux.

⁴⁵ Voir J. Goicovici, *Dreptul consumatiei*, Ed. Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2006, p. 15 et s..

La définition exclu de son champ celui qui contracte pour un but professionnel. Selon la jurisprudence, même si le but du contrat est mixte, pour partie privé, pour partie professionnel, le consommateur perd la qualité personnelle qui le qualifie pour une protection particulière. L'exclusion vaut aussi pour les tiers qui consentent une sûreté (caution, hypothèque, gage) en garantie des engagements pris par un professionnel, nonobstant les relations, professionnelles ou d'autre nature (familiale, affectives ou des rapports patrimoniaux occasionnels), entre le débiteur principal et ledit tiers, relations en considération desquelles ce-dernier a décidé de s'engager. Même si les textes visent parfois le consommateur come agissant en dehors de « son » activité professionnelle, le fait que la participation du garant est menée a soutenir la position d'un professionnel est un indice de son caractère accessoirement professionnel.

Par conséquent, nonobstant le régime matrimonial applicable, on ne peut pas qualifier de consommateur le mari qui consent une hypothèque sur son immeuble d'habitation en garantie d'un crédit contracté par la société dont son épouse est la fondatrice et dirigeante.

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

Le consommateur est protégé contre sa propre infériorité, relative à son partenaire contractuel. Cette infériorité est tirée par le législateur du simple que la personne physique a agi en dehors d'un but professionnel. Pour que cette circonstance attire une inégalité factuelle qui nécessite un instrument juridique pour la corriger, il est donc nécessaire que son partenaire contractuel ait agi dans un but professionnel ou, en autres mots, dans le cadre ou au moins en relation avec une entreprise.

Selon l'art. 3 alins. (2) et (3) C. civ. « (2) Sont considérés comme professionnels tous ceux qui exploitent une entreprise. (3) L'exploitation d'une entreprise se définit comme étant l'exercice systématique, par une ou plusieurs personnes, d'une activité organisée de production, d'administration ou de disposition de biens ou de prestation de services, que cette activité soit, ou non, à but lucratif. » Y sont donc compris les commerces de toute sorte, les professions libérales, les entreprises de service public (eau, gaz, électricité, transports en commun, ...).

Le contrat qui entraîne l'application du régime de protection ne doit pas être lui-même conclu à caractère répété pour que le contractant soit considéré professionnel. Il suffit que le contrat soit encadré, même à titre occasionnel, dans une activité professionnelle. Par conséquent, le commerçant qui revend un bien professionnel (une camionnette, un immeuble qui abritait son activité professionnelle) à un consommateur qui affectera le bien acquis à un but privé, conclu un contrat de consommation dans lequel le vendeur est professionnel. Le consommateur est protégé même si l'activité du vendeur n'est pas centrée sur la vente de camionnettes ou d'immeubles.

Par contre, en principe, le consommateur n'est pas protégé lorsqu'il contracte avec un autre consommateur, même si ce dernier est représenté ou assisté par un professionnel. Dans ce cas, l'équilibre découle du fait que chacun des deux consommateurs a la possibilité (présumée égale) de se faire assister par un professionnel et s'il l'exerce il va être protégé comme consommateur dans les relations avec le professionnel qui l'assiste. L'utilisation d'une plateforme en ligne pour conclure le contrat ne change pas cette solution ; même pour que le consommateur bénéficie du régime spécial de protection découlant de la conclusion du contrat à distance il faut que ce contrat soit conclu avec un professionnel.

Section 2 – Les techniques de protection

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

A – La notion de clause abusive

Selon l'art. 4 de la Loi no. 193/2000 sur les clauses abusives dans les contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs, une clause contractuelle qui n'a pas été négociée directement avec le consommateur est considérée comme abusive si, par elle-même ou en corrélation avec d'autres stipulations contractuelles elle crée au détriment du consommateur et contrairement à la bonne-foi, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations respectives des parties.⁴⁶

Le droit roumain incorpore en tant que telle la liste des clauses abusives annexée à la Directive 93/13/CEE. De plus, la jurisprudence a un traitement nuancé et varié, parfois même contradictoire de certaines clauses. La plupart de la pratique judiciaire s'est formée dans le domaine des clauses abusives dans les contrats de crédit bancaire, domaine qui est soumis aussi à l'Ordonnance d'Urgence du Gouvernement no. 50/2010, qui transpose la Directive 2008/48/CE.⁴⁷ Par exemple, on a considéré comme abusives les clauses permettant à l'institution financière de percevoir une commission de risque, les clauses qui prévoient des taux d'intérêts variables en fonction des facteurs qui, soit dépendent du droit discrétionnaire de la banque, soit, au moins, ne permettent pas au consommateur de prévoir d'une manière raisonnable les obligations à qu'il s'expose, les clauses attributives de compétence etc. En d'autres matières, comme par exemple celle du droit de la banque de percevoir une commission d'administration du compte de crédit ou de déclarer l'échéance anticipée de l'obligation de remboursement, la jurisprudence est encore très partagée et il est difficile de dégager une tendance d'unification.

Lorsque le professionnel apporte la preuve positive que le consommateur a eu la possibilité d'influencer la nature de la clause, alors elle est réputée négociable ce qui lui retire le caractère abusif même si la clause entraîne un déséquilibre significatif. La profession du consommateur, son expérience, le fait qu'il a été assisté par un professionnel peuvent favoriser telle preuve de la part du professionnel, même s'il est démontré qu'il propose la même clause dans ses contrats d'une manière systématique.

Quant à l'appréciation du déséquilibre significatif, il faut observer, d'un côté, que la jurisprudence reste rare à l'égard de certains domaines du commerce ou des activités libérales et, de l'autre côté, que même pour les secteurs ou types de contrats où elle s'avère très abondante, il est assez difficile pour des clauses non-incluses dans le catalogue légal des clauses abusives d'arriver à une approche unitaire. Le degré d'incertitude qui en résulte est porteur d'insécurité juridique.

⁴⁶ Pour l'analyse de cette notion, voir I. F. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, P.R., no. 2/2004, p. 195 et ss.; F. Pripp, *Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor în contractul de consum*, en P. Vasilescu (coord.), *op. cit.*, p. 117 et s.

⁴⁷ Voir L. Mihali Viorescu, *Clauzele abuzive în contractele de credit*, 2-eme edition, Ed. Hamangiu, București, 2017.

B – L'exigence de transparence des clauses contractuelles

L'art. 10 de l'Ordonnance no. 21/1992 prévoit le droit du consommateur de bénéficier des clauses contractuelles claires et précises y compris sur la qualité des produits et les garanties qui en sont associées, l'indication exacte du prix ou du tarif, les conditions du crédit et les intérêts. Selon l'art. 18 de la même ordonnance ces informations doivent être fournies au moment de l'offre, en vue d'offrir aux consommateurs la possibilité de faire un choix rationnel conforme à leurs intérêts, entre les divers produits ou services offerts sur le marché et de les utiliser selon leur destination en pleine sécurité.

Le non-respect de ces droits des consommateurs peut attirer des sanctions contraventionnelles à la charge du professionnel. En tout cas, dans les contrats de consommation, l'interprétation des clauses douteuses se fait en faveur du consommateur, selon l'art. 1 alin. (2) de la Loi no. 193/2000. L'exigence de clarté d'intelligibilité des clauses permet même d'élargir la sphère du contrôle de leur caractère abusif. Ainsi, une clause relative à l'objet principal du contrat de consommation ou au prix d'un tel contrat ou à son paiement ne peut faire en principe l'objet d'un contrôle du caractère abusif, sauf si une telle clause n'est pas claire et intelligible pour le consommateur. Dans ce cas d'exception, le constat du caractère abusif de la clause, qui est par hypothèse essentielle pour le contrat, peut conduire à son complet anéantissement.

C – La sanction des clauses abusives

Malheureusement le droit roumain n'excelle pas en clarté à l'égard de la sanction applicable aux clauses abusives. Selon les arts. 6 et 7 de la Loi No. 193/2000, les clauses abusives "ne produisent pas des effets sur le consommateur et le contrat va continuer à se dérouler, sur l'accord du consommateur, seulement s'il est possible après l'élimination de ces clauses. Si le contrat ne peut plus produire ses effets après la mise à l'écart des clauses abusives, le consommateur est en droit de demander la résiliation, avec des dommages et intérêts, s'il en est le cas. »

Ces dispositions sont porteuses d'une multitude d'ambiguïtés. Quelle est la raison d'inefficacité des clauses abusives envers le consommateur ? L'inopposabilité ? La nullité ? De quelle sorte : absolue, relative, clause réputée non-écrite ? C'est seulement le consommateur qui peut décider de l'extension de l'inefficacité de la clause sur l'entier contrat ou le professionnel peut aussi s'en prévaloir ? Est-ce que le faute du professionnel d'introduire la clause abusive dans le contrat avec le consommateur peut-elle justifier la sanction de la résiliation de ce même contrat ? L'inefficacité du contrat attirée par le constat du caractère abusive de la clause est-elle rétroactive ou opère seulement pour le future, comme pour la résiliation ? Le future se détermine par rapport à quel moment ? Celui du constat du caractère abusif ? Celui de la demande du consommateur pour ce constat ? Celui de la demande de "résiliation" ou de décision du juge prononcée sur cette demande ?

Comme les textes spéciaux ne permettent pas des réponses cohérentes à ces questions et la jurisprudence est très oscillante, il convient de revenir aux principes généraux pour déterminer le régime sanctionnatoire des clauses abusives. Cette solution est implicitement confirmée par l'art. 12 alin. (4) de la Loi no. 193/2000 qui, dans les contextes des actions collectives, dispose que les résultats de telles actions ne font pas obstacle au droit du consommateur « d'invoquer la nullité » de la clause abusive.

Comme, parmi les nullités, la sanction de considérer la clause comme non-écrite est exceptionnelle et doit être prévue expressément (ce qui ne l'est pas), il résulte que, selon les règles générales,⁴⁸ la nullité est partielle si elle ne frappe pas une clause qui a été décisive pour le consentement au contrat. Par contre lorsqu'il est établi que la clause abusive a été décisive, son inefficacité justifierait la nullité totale du contrat dans lequel elle a été insérée.

Comme les règles visant à sanctionner le caractère abusif d'une clause protègent le consommateur dans ses intérêts particuliers, la nature de cette nullité, en principe partielle et par exception totale, est celle de la nullité relative qui ne peut être constatée par le juge qu'à la demande du consommateur et se prescrit en trois ans.⁴⁹ En tout cas, ses effets sont rétroactifs⁵⁰ et il reste à établir si l'introduction par le contractant professionnel d'une clause abusive dans son contrat avec le consommateur peut être analysée comme une inexécution de ce même contrat apte à justifier sa résiliation...

En tout cas, si le contrat se maintient en dépit du constat du caractère abusif de l'une ou plusieurs de ses clauses, les aspects qui ont été tranchés par ces clauses sont soumis au droit supplétif applicable audit contrat par rapport à sa nature.⁵¹ Par conséquent, en cas d'annulation, en raison de son caractère abusif, d'une clause limitant la responsabilité du professionnel, le dommage causé par l'inexécution du contrat par celui-ci va être soumis aux règles supplétives de réparation du dommage en matière contractuelle. Egalement, en cas d'annulation, en raison de son caractère abusif, d'une clause d'intérêts de retard stipulée pour le cas de retard de paiement du consommateur, les dommages-intérêts moratoires pour un tel retard sauront être établies, selon le droit supplétif, à la hauteur du taux d'intérêt légal. Aussi, en cas d'annulation, en raison de son caractère abusif, d'une clause résolutoire expresse, le professionnel garde quand même la possibilité de se prévaloir de la résolution du contrat aux torts du consommateur sur le fondement des dispositions du Code civil qui régissent la résolution du contrat.

§ 2 – La dation en paiement des obligations du consommateur dans les contrats de crédit immobilier à consommation

Le droit roumain a en principe transposé l'acquis européen du droit de la consommation en matière de prohibition des pratiques commerciales déloyales, du devoir d'information et de conseil préalable au contrat et pendant le contrat, du formalisme (pré)contractuel, du droit de

⁴⁸ « Art. 1255. *La nullité partielle.* (1) Les clauses contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs qui ne sont pas réputées non écrites n'entraînent la nullité du contrat dans son entier que si elles sont essentielles en raison de leur nature ou si, en leur absence, le contrat n'aurait pas été conclu. »

⁴⁹ « Art. 1248. *La nullité relative.* (1) Le contrat conclu en violation d'une disposition légale protégeant un intérêt particulier est annulable. (2) La nullité relative peut être invoquée uniquement par celui dont l'intérêt est protégé par la disposition légale violée. (3) La nullité relative ne peut être invoquée d'office par le tribunal. (4) Le contrat annulable est susceptible de confirmation. »

⁵⁰ « Art. 1254. *L'anéantissement du contrat et des actes subséquents.* (1) Le contrat frappé de nullité absolue ou annulé est réputé ne jamais avoir été conclu.

⁵¹ Art. 1255 alin. (2) C. civ. : « (2) Dans le cas où le contrat est maintenu en partie, les clauses nulles sont remplacées de droit par les dispositions légales applicables. »

rétractation et des garanties associées aux ventes des biens de consommation. Toutefois, étant donnée l'étendue limitée de ce rapport qui ne permet pas de les traiter jusqu'au niveau du détail spécifique et parlant, j'ai décidé de présenter un autre technique de protection de la partie vulnérable en droit de la consommation qui, d'un côté, comporte plusieurs particularités de droit roumain et de l'autre côté, a généré des débats très nombreuses dans la doctrine et la jurisprudence roumaines.⁵²

Ainsi, par la Loi no. 66/2016⁵³ sur la dation en paiement de certains biens immeubles en vue de l'extinction des obligations assumées par contrats de crédit, le législateur roumain a tenté une mesure de protection sociale par le biais d'une intervention dans les rapports contractuels fondés sur des crédits immobiliers à consommation. Selon l'art. 4 de cette loi, le consommateur qui a contracté auprès d'une institution financière un crédit d'une valeur moindre à 250.000 euro, soit en vue de financer la construction ou l'acquisition d'un immeuble, soit en le garantissant par une hypothèque sur un immeuble a le droit de demander à l'institution financière qu'elle consente à l'extinction intégrale des obligations nées du contrat de crédit pour le consommateur en échange de la transmission vers cette institution du droit de propriété sur l'immeuble concerné.

Cette dation en paiement avait la particularité qu'elle était obligatoire pour l'institution financière de façon que celle-ci ne puisse pas refuser la demande du consommateur. Par conséquent la dénomination du « dation en paiement » était impropre ; si le mécanisme avait à s'appliquer à tout contrat qui respectait les conditions ci-dessus énoncées, alors les obligations de rembourser le crédit et d'en payer les intérêts, les commissions et les pénalités de retard devenaient par l'effet de la loi des obligations facultatives, au sens où leur débiteur avait la faculté de s'en libérer en contractant le transfert du bien financé ou hypothéqué, contrat que son créancier ne pouvait pas refuser.

La Cour Constitutionnelle a donnée toutefois à ce mécanisme une autre interprétation, qui est de nature d'en sévèrement limiter la portée. Par la décision no. 623 de 23 Octobre 2016⁵⁴, elle a établi que les raisons qui ont déterminé l'application de la loi relevaient de l'impossibilité survenue au consommateur de rembourser le crédit dont les conséquences sont devenues excessivement onéreuses à son égard. Par conséquent, la Cour Constitutionnelle a constaté que la Loi no. 66/2016 est constitutionnelle seulement dans la mesure où elle constitue une application de l'adaptation du contrat pour imprévision contractuelle. La conséquence en est qu'en cas d'opposition du créancier professionnel par rapport à la demande de « dation en paiement » formée par le débiteur consommateur, cette demande peut être acceptée par le juge et le créancier peut être obligé de conclure l'accord de « dation en paiement » seulement si les conditions de l'imprévision du droit commun sont remplies,⁵⁵ en addition aux conditions prévues par la loi spéciale.

⁵² Voir V. Stoica (coord.), *Legea dării în plată. Argumente și soluții*, Ed. Hamangiu, București, 2016 ; V. Bozeșan, B. Dumitrache, N. H. Tiț, *Legea nr. 77/2016 privind darea în plată. Comentariu pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2017; V. Stoica (coord.), *Legea dării în plată și impreviziunea*, RRDP 1/2017.

⁵³ Monitorul Oficial al României no. 330/28.04.2016.

⁵⁴ Monitorul Oficial al României nr. 53/18.01.2017.

⁵⁵ Pour ces conditions, voir supra, Chapitre 1, no.2.