

Note

L'arrêt Bondora ou comment concilier l'injonction (européenne) de payer et la protection du consommateur contre les clauses abusivesEléonore DE DUVE^{1,2}

1. Introduction. Les exigences, d'une part, de célérité et d'efficacité de la procédure et, d'autre part, de respect des droits des justiciables, en particulier des défendeurs, fussent-ils des consommateurs, peuvent être difficiles à concilier³ – souvent, en tout cas récemment, voit-on s'affronter les opinions politiques de ceux qui, tout en n'allouant pas à la justice un budget convenable, estiment que les procédures doivent avant tout être vite menées, à celles d'autres qui, très légitimement, rappellent qu'il est difficile pour un juge de s'acquitter dans ces conditions d'une tâche que l'on n' imagine que sous un prisme économique – rapide et peu chère.

Rendu sur renvoi de juridictions saisies de demandes d'injonctions européennes de payer⁴, l'arrêt commenté illustre qu'il est difficile d'équilibrer ces exigences.⁵ Nous l'examinerons (n° 4), après avoir présenté synthétiquement les procédures d'injonction de payer européenne et nationale belge (n° 2), puis résumé la condition procédurale du droit de la consommation des clauses abusives – notamment dans le contexte d'une procédure nationale d'injonction de payer (n° 3). Notons d'emblée que nous retiendrons, avec d'autres, que cet arrêt outrepassse la lettre (et sans doute l'esprit) du règlement n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer^{6,7} et qu'il s'agirait pour le législateur de l'Union – voire les législateurs de chacun des États membres pour les procédures purement internes – d'intervenir⁸; mais notons également déjà que, à notre sens, si la procédure d'injonction de payer doit bien évidemment être prompte, elle doit aussi donner lieu à un titre par lequel « justice est rendue », et bien rendue, conformément au droit: il ne se justifie pas, selon nous, qu'une injonction de payer soit délivrée à un créancier dont la créance se fonde, fût-ce partiellement, sur une clause abusive. L'efficacité, la célérité et la protection

du consommateur doivent se marier; il s'agit de ne pas oublier que ces exigences servent un objectif unique: celui, précisément, de dire le droit (n° 5).

2. Cadre légal – Présentation synthétique des procédures d'injonction de payer européenne et nationale. La procédure d'injonction de payer est organisée dans les litiges transfrontaliers par le règlement n° 1896/2006 et dans les litiges internes à la Belgique par les articles 1338 et suivants du Code judiciaire. Tant en droit de l'Union qu'en droit belge, la procédure d'injonction de payer répond à une volonté de simplification, d'accélération et de réduction des coûts de la procédure pour le créancier d'une créance en principe incontestée.⁹

Dans le champ d'application du droit de l'Union, sur la base de l'article 4 du règlement, une telle procédure est envisageable pour le recouvrement des créances pécuniaires liquides et exigibles. Elle doit être introduite devant les juridictions du domicile du consommateur lorsqu'il est défendeur, en vertu de l'article 6, 1., du règlement, et au moyen du formulaire type A qui figure à l'annexe I; elle doit comprendre, en sus des éléments permettant d'identifier les parties, conformément à l'article 7, § 1, « b) le montant de la créance, notamment le principal et, le cas échéant, les intérêts, les pénalités contractuelles et les frais; c) si des intérêts sont réclamés sur la créance, le taux d'intérêt et la période pour laquelle ces intérêts sont réclamés, sauf si des intérêts légaux sont automatiquement ajoutés au principal en vertu du droit de l'État membre d'origine; d) la cause de l'action, y compris une description des circonstances invoquées en tant que fondement de la créance et, le cas échéant, des intérêts réclamés; e) une description des éléments de preuve à l'appui de la créance; f) les chefs de compétence; et g) le caractère transfrontalier du litige ». Suivant l'article 8, la juridiction

^{1.} Comme de coutume, l'auteure remercie R. Jafferali pour sa relecture et ses conseils.

^{2.} Avocate au barreau de Bruxelles, assistante-chercheuse à l'ULB.

^{3.} Cons. récemment et à propos du même arrêt que celui commenté: A. BERTHE et A. RIGOLET, « Arrêt 'Bondora': injonction de payer européenne et protection du consommateur », *J.D.E.*, 2020, p. 105, n° 1.

^{4.} Deux affaires sont jointes (C-453/18 et C-494/18).

^{5.} A. BERTHE et A. RIGOLET, *o.c.*, p. 105, n° 1.

^{6.} *O.c.*, pp. 105 et s.

^{7.} *J.O.C.E.*, L. 399 du 30 décembre 2006, plusieurs fois modifié, disponible en sa version consolidée au *J.O.*, L. 182 du 13 juillet 2017. Ci-après, dans le corps du texte ou les notes de bas de page: le « règlement n° 1896/2006 ».

^{8.} A. BERTHE et A. RIGOLET, *o.c.*, p. 109, n° 18.

^{9.} Cons. explicitement l'art. 1^{er}, a), du règlement. Voy. aussi D. MOUGENOT, « Plaidoyer pour une revalorisation de la procédure d'injonction de payer », *J.T.*, 2015, p. 144, n° 1, qui ajoute: « mais il ne faut pas minimiser ses avantages en termes d'économie de travail pour les tribunaux. Cette économie se retrouve dans toutes les formes d'inversion du contentieux ». Comp. à cet égard aussi C.C., 31 mai 2018, n° 62/2018, pt. B.80.1. sur la procédure de recouvrement entre entreprises des art. 1394/20 et s. C. jud., qui admet que « [l]a nouvelle procédure vise à décharger les tribunaux d'un contentieux dans lequel il n'y a pas réellement de litige entre les parties ».

procède à la vérification de la réunion des conditions prévues par le règlement, et examine « si la demande semble fondée ». D'aucuns estiment ainsi que le droit de l'Union met en place une procédure qui n'est ni documentaire ni non documentaire, mais hybride¹⁰, c'est-à-dire « qui combine des aspects propres aux procédures non documentaires (tels que l'absence d'obligation de produire d'emblée des pièces autres que le formulaire A [...]) et des aspects plus proches des procédures de type documentaire (à l'instar de l'obligation, pour la juridiction saisie, d'examiner l'apparence de bien-fondé de la demande – [...]) ».¹¹ Dans le formulaire A de l'annexe I, le créancier doit distinguer le montant dû en principal (pt. 6) des intérêts (pt. 7), des pénalités contractuelles éventuelles (pt. 8) ainsi que des frais (pt. 9). En se fondant sur le formulaire, la juridiction octroie l'injonction de payer ou, en application de l'article 9, 1., « met le demandeur en mesure de compléter ou de rectifier la demande, à moins que celle-ci soit manifestement non fondée ou irrecevable. La juridiction utilise à cet effet le formulaire type B figurant dans l'annexe II ». Contre l'injonction, le défendeur dispose ensuite d'un délai de 30 jours pour faire opposition en application de l'article 16, 2., du règlement.

En vertu de l'article 1338, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, « [t]oute demande [...] tendant au paiement d'une dette liquide qui a pour objet une somme d'argent dont le montant n'excède pas 1.860 EUR, peut être introduite, instruite et jugée conformément aux dispositions [relatives à la procédure d'injonction de payer], si elle paraît justifiée devant lui par un écrit émanant du débiteur ». Le Code judiciaire exige donc du créancier qu'il joigne un document pour justifier sa demande, et la procédure est partant dite documentaire. Comme le retient A. Berthe dans sa thèse de doctorat dédiée à l'injonction de payer, tout en plaçant pour une refonte de la procédure belge, « [l]e modèle documentaire tend à assurer au débiteur davantage de protection en vue d'un meilleur équilibre ».¹² La demande doit notamment contenir « l'objet de la demande et l'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance ainsi que du fondement de celle-ci », en application de l'article 1340, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code judiciaire. Le consommateur qui se verrait opposer une injonction de payer

dispose d'un délai d'un mois à compter de la signification de l'injonction pour former une opposition contre celle-ci ou introduire un appel, et ce, sur la base des articles 1343, § 3, 1048 et 1051 du Code judiciaire.

L'injonction européenne de payer est exécutoire une fois les délais de l'opposition écoulés, tandis que l'injonction belge, depuis la loi du 19 octobre 2015 modifiant la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (ou loi « Pot-Pourri I »), est exécutoire dès son prononcé.¹³ La loi Pot-Pourri I a en effet abrogé l'ancien article 1399 du Code judiciaire qui prohibait l'exécution provisoire des ordonnances d'injonction de payer. Néanmoins, par l'application combinée des articles 1343 et 1397, alinéa 2, du Code judiciaire, l'appel ou l'opposition du débiteur a pour effet de suspendre l'exécution, à moins que le juge n'ait accordé au créancier le bénéfice de l'exécution provisoire par une décision spécialement motivée – en d'autres termes, sauf dans le cas où une telle décision spécialement motivée fait droit à l'exécution, l'exécution provisoire « dès le prononcé » de la décision est théorique, puisqu'un recours a un effet suspensif. En parallèle, l'article 1495 du Code judiciaire dispose que « la condamnation au paiement d'une somme d'argent, qui fait l'objet d'une décision encore susceptible d'opposition ou d'appel par une partie défaillante, ne peut être exécutée avant l'échéance d'un mois suivant la signification de la décision, à moins que l'exécution provisoire de celle-ci n'ait été ordonnée ». Le créancier muni d'un titre exécutoire peut ensuite faire procéder à une mesure d'exécution forcée sans contrôle préalable du juge des saisies – sauf en cas de saisie-exécution immobilière.

3. Cadre légal et jurisprudentiel – Condition procédurale du droit des clauses abusives de consommation, notamment dans le contexte d'une procédure nationale d'injonction de payer. Le législateur de l'Union condamne de longue date les clauses abusives dans les contrats passés entre un professionnel et un consommateur; le siège de la matière est la directive n° 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁴, dont les articles 6 et 7 sont relatifs à la sanction

¹⁰. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer, COM (2004) 173 final/3, p. 11; Concl. Av. gén. SHARPSTON précédant C.J.C.E. 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, présentées le 31 octobre 2019, sous ECLI:EU:C:2019:921, pt. 90. Sur ce que la voie n'est que prétendument médiane, et la procédure surtout non documentaire, voy. néanmoins A. BERTHE, *L'injonction de payer*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 272-273, n° 219 et les auteurs cités à la note de bas de page n° 841.

¹¹. Concl. Av. gén. SHARPSTON précédant C.J.C.E. 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, présentées le 31 octobre 2019, sous ECLI:EU:C:2019:921, pt. 90.

¹². A. BERTHE, *op.cit.*, p. 114, n° 95 et p. 582, n° 515.

¹³. Sur l'exécution des décisions de justice rendues par défaut, auxquelles doivent être assimilées les injonctions de payer en application de l'art. 1343 C. jud., après les lois « pots-pourris », cons. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et J.-S. LENAERTS, « Traits essentiels des réformes de procédure civile 'pots-pourris IV et V' », *J.T.*, 2017, p. 638, n° 19. Cons. aussi C. GRÉGOIRE, « Les décisions de justice de l'après 'pots-pourris': exécutoires de plein droit? », *J.T.*, 2018, pp. 681 et s. et spéc. p. 683, n° 14 pour ce qui concerne l'exécution des injonctions de payer.

¹⁴. *J.O. C.E.*, L. 95 du 21 avril 1993, telle que modifiée par (1) la directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive n° 93/13/CEE du Conseil et la directive n° 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive n° 85/577/CEE du Conseil et la directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (*J.O.*, L. 304 du 22 novembre 2011) et par (2) la directive n° 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive n° 93/13/CEE du Conseil et les directives n° 98/6/CE, n° 2005/29/CE et n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (*J.O.*, L. 328 du 18 décembre 2019).

« civile ».¹⁵ Ces deux dispositions renvoient à l'échelon étatique le soin de prendre les mesures nécessaires, tout en imposant directement le résultat en fait de sanction. Aux termes de l'article 6, 1., de la directive, « les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel *ne lie pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux* ».¹⁶ Cependant, encadrant directement les conséquences de la sanction, le même paragraphe de la directive énonce également « que *le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives* ». Par ailleurs, l'article 7, § 1^{er}, laisse au droit interne le soin, non seulement « dans l'intérêt des consommateurs [mais aussi] des concurrents professionnels », de « [veiller] à ce que [...] des *moyens adéquats et efficaces* existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives ».

Ces articles 6 et 7 ont donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'arrêt *Océano Grupo*¹⁷, en 2000, qui a notamment trait à la question du relevé d'office par le juge saisi du droit des clauses abusives. En se fondant sur l'effet utile de ces dispositions ou sur la « protection effective » des droits conférés par la directive, la Cour a tout d'abord énoncé une faculté, puis une obligation du juge de relever le caractère abusif d'une clause, dès qu'il dispose des éléments de fait et de droit nécessaires à cette fin.¹⁸ En effet, selon la Cour, une telle intervention du juge dans le litige des parties est

nécessaire pour rétablir l'équilibre entre celles-ci.¹⁹ La Cour de justice n'a d'abord dans ce contexte pas eu égard aux particularités des procédures du droit interne. Elle a au contraire développé une obligation générale du juge, de quelque nationalité qu'il soit, de relever d'office l'application du droit des clauses abusives.²⁰ En d'autres termes, elle a considéré que la directive ne laisse pas de marge d'appréciation ni à l'État (dont le juge est) émetteur de la question préjudicielle ni à tout autre (juge de tout autre) État membre.^{21,22}

Dans un second temps, concernant cette même obligation de soulever d'office le caractère abusif d'une clause, tout en réitérant sa jurisprudence, la Cour a renvoyé à l'autonomie procédurale, encadrée par les principes d'équivalence (qui n'est autre qu'un principe de non-discrimination) et d'effectivité.^{23,24} Il n'est pas inutile à cet égard d'indiquer que, sur la base de ces principes, d'une part, les règles procédurales concernées ne peuvent pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (équivalence) et, d'autre part, ces mêmes règles ne peuvent pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'Union (effectivité). Il est important de préciser que le raisonnement fondé sur la violation du (principe d'équivalence et du) principe d'effectivité est normalement casuistique: il concerne la législation et les juridictions de l'État dont émane la question, et dépend en outre des circonstances concrètes de la cause. À l'inverse, comme dit, un raisonnement sur le fondement de l'effet utile

15. Le mot « sanction » n'est pas indiqué dans les art. 6 et 7 de la directive, qui pourtant prévoient concrètement le cadre relatif à la sanction. Le nouvel art. 8ter, inséré par la directive de 2019 reprise à la note de bas de page précédente, emploie quant à lui le mot « sanction », à des fins semble-t-il uniquement punitives et non civiles.

16. Sauf mention inverse en note de bas de page, les caractères italiques sont les nôtres.

17. C.J.C.E., *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, 27 juin 2000, ECLI:EU:C:2000:346, C-240/98.

18. Cons. la succession des arrêts rendus : C.J.C.E., 27 juin 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, ECLI:EU:C:2000:346; C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675; C.J.C.E., 4 juin 2009, C-243/08, *Pannon*, EU:C:2009:350; C.J.C.E. (gde ch.), 9 novembre 2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, ECLI:EU:C:2010:659; C.J.C.E., 28 juillet 2016, C-168/15, *Tomášová*, ECLI:EU:C:2016:602.

19. Cons. dès l'arrêt C.J.C.E., 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, C-240/98, EU:C:2000:346, pt. 27.

20. Cons. aussi Y. HOUYET, « L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux », *J.D.E.*, 2010, p. 72, n° 15, qui indique de la même manière que « [c]ette obligation [d'examiner le caractère abusif d'une clause] pèse sur le juge national sans qu'importent les circonstances concrètes de la cause qui lui est soumise ».

21. C'est le seuil minimal de l'effectivité, qui correspond à ce que les États membres doivent à tout le moins faire pour respecter le droit de l'Union.

22. Rappelons par ailleurs l'« effet général » (*erga omnes*) des arrêts préjudiciels. E.a. K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, in J.T. NOWAK (dir.), *EU Procedural Law*, Oxford, O.U.P., 2014, pp. 244 et 472; M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 573 et s. Voy. encore: N. CARIAT, « Le point sur ... l'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne pour les juridictions nationales », *J.T.*, 2020, 9. 828, n°s 8 et 9. Sur ce que la notion de « précédent » est pertinente en la matière, cons. la thèse de A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 584 p.

23. Rendent également compte, de différentes manières, de l'existence de différents types d'effectivité au sens large dans la jurisprudence de la Cour: de manière générale, O. DUBOS, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne: identification normative », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dirs.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 49-62 et K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *o.c.*, p. 110, n° 4.05; en droit de la consommation notamment, J.T. NOWAK, « De bevoegdheid van EU-lidstaten voor de aanname van regels van nationaal procesrecht: grenzen in de rechtspraak van het Hof van Justitie », in N. CARIAT et J.T. NOWAK (dirs.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge – Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 28-29, n° 8 et pp. 30 et s., n°s 11 et s.; dans le cadre de la directive n° 93/13, Y. HOUYET, « L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux », *J.D.E.*, 2010, pp. 72 et s., n°s 15 et s. et notre contribution E. DE DUVE, « L'effectivité des normes: considérations théoriques et pratiques autour du droit de l'Union, spécialement des clauses abusives », in E. BRIBOSIA, N. JONCHERAY, A. NAVASARTIAN et A. WEYEMBERGH (dirs.), *L'Europe au kaléidoscope – Liber Amicorum Marianne Dony*, Bruxelles, Ed. ULB, 2019, pp. 342 et s. ainsi que pp. 350 et s.; concernant un arrêt C.J.C.E. (gde ch.), 13 mars 2008, aff. jtes C-383/06, C-384/06 et C-385/06, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, ECLI:EU:C:2008:165; J.M. DAVIDSON, « The Full Effect of Community Law – An Increasing Encroachment upon National Law and Principles », *REALaw*, 2008, p. 115.

24. L'arrêt C.J.C.E., 13 septembre 2018, C-176/17, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2018:711, mentionne au pt. 59 le droit à un recours effectif – et non le principe d'effectivité – comme encadrant l'autonomie procédurale. Voy. aussi C.J.C.E., 31 mai 2018, C-483/16, *Sziber*, ECLI:EU:C:2018:367, auquel le pt. 59 de l'arrêt *Profi Credit Polska* fait référence.

de la directive s'impose à toutes les juridictions des États membres.²⁵

À s'en tenir à la jurisprudence rendue jusque-là, le juge de l'injonction nationale de payer, lorsqu'il ne dispose pas des éléments de fait et de droit pour ce faire, n'est en règle pas obligé de soulever d'office le droit des clauses abusives, sauf lorsque les principes d'effectivité et d'équivalence sont malmenés.²⁶ À cet égard, dans un arrêt *Banco Español de Crédito*, la Cour jugeait que « la directive [...] s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal²⁷, qui ne permet pas au juge saisi d'une demande d'injonction de payer d'apprécier d'office, in limine litis ni à aucun autre moment de la procédure, alors même qu'il dispose des éléments de fait et de fait nécessaires à cet effet, le caractère abusif d'une clause d'intérêts moratoires contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, en l'absence d'opposition formée par ce dernier ». ²⁸ Mais la Cour permettait que la protection du consommateur contre les clauses abusives ne soit assurée qu'au stade de l'opposition, pourvu que celle-ci soit soumise à des modalités raisonnables, et notamment que le délai et les frais ne fassent pas obstacle au recours.²⁹ La Cour décidait en ce sens dans un arrêt *Profi Credit Polska* que « l'article 7, 1., de la directive n° 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, permettant de délivrer une ordonnance d'injonction de payer, [...] lorsque le juge saisi d'une requête en injonction de payer ne dispose pas du pouvoir de procéder à un examen du caractère éventuellement abusif des clauses de ce contrat, dès lors que les modalités d'exercice du droit de former opposition à une telle ordonnance ne permettent pas d'assurer le respect des droits que le consommateur tire de cette directive ». ³⁰ La Cour admettait, dans la même optique, que la protection puisse ne jouer qu'au stade de l'exécution de l'injonction de payer: sur la base d'un arrêt *Finanmadrid EFC*, on comprenait qu'il

s'agissait pour le consommateur d'être d'une façon ou d'une autre adéquatement protégé contre les injonctions de payer qui font droit à des clauses abusives; lorsque l'autorité saisie de la demande d'injonction de payer n'était pas compétente pour apprécier d'office le caractère abusif d'une clause, la protection devait se déployer au stade de l'exécution³¹ – en effet, la Cour y retenait que « [l]a directive n° 93/13 [...] [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui ne permet pas au juge saisi de l'exécution de payer d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, lorsque l'autorité saisie de la demande d'injonction de payer n'est pas compétente pour procéder à une telle appréciation ». ³²

On notera que ces précisions apportées par la jurisprudence de la Cour de justice ne présentent pas d'utilité directe pour le juge belge lorsqu'il fait application de la procédure belge d'injonction de payer, à tout le moins toutes les fois qu'il est au courant de la qualité de consommateur du débiteur. En effet, il dispose en principe d'emblée dans la procédure des « éléments de fait et de droit » nécessaires à cet effet – il dispose normalement du titre sur lequel se fonde le créancier (application de la jurisprudence de la Cour de justice et de l'art. 1340, al. 1^{er}, 3^o, C. jud.). Il doit dès lors déjà faire application d'office du droit des clauses abusives s'il y a lieu.

La Cour de justice ne s'était quoi qu'il en soit pas encore prononcée directement sur le relevé d'office des clauses abusives par le juge saisi d'une injonction de payer, alors qu'il ne dispose pas des éléments de fait (et de droit) nécessaires à cet effet; elle n'avait pas non plus été interrogée sur l'application combinée du droit des clauses abusives et de l'injonction de payer du règlement n° 1896/2006 susvisé – tel est l'objet de l'arrêt *Bondora*.

²⁵ Cons. aussi la note de bas de page n° 21 du présent commentaire.

²⁶ En ce sens, *adde* E. LEROY, « Procédure extrajudiciaire de recouvrement et protection juridictionnelle du consommateur; où trouver le juste milieu? » (observation sous C.J.C.E., 1^{er} octobre 2015, C-32/14, *Erste Bank Hungary*, ECLI:EU:C:2015:637, *Ius et Actores*, 2018, p. 256, n° 10, lorsqu'il résume la jurisprudence de la Cour: « si le juge saisi de la demande d'injonction de payer peut exercer une compétence de pleine juridiction ou si le régime procédural de l'opposition ne rend pas en pratique l'exercice des droits du consommateur excessivement difficile, une procédure de contentieux inversée n'est pas contraire au principe de protection juridictionnel dont doit bénéficier le consommateur » (souligné par l'auteur). Sur le fait que les procédures accélérées et simplifiées, dont l'injonction de payer fait partie, sont soumises aux principes d'équivalence et d'effectivité, voy. M. SZPUNAR, « Quelques aspects procéduraux de la protection des consommateurs contre les clauses abusives: le contrôle d'office dans le cadre des procédures accélérées et simplifiées », in P. PASCHALIDIS et J. WILDEMEERSCH (dirs.), *L'Europe au présent! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 685 et pp. 691 et s. Comp. A. BERTHE, *o.c.*, p. 167, n° 142. Mais comme l'indique également l'auteur, p. 170, n° 145 « [l]e second enseignement qui semble pouvoir se déduire de l'arrêt *Banco Español de Crédito* réside dans le rejet des procédures d'injonction de payer qui ne permettent pas au juge de soulever d'office une violation du droit européen de la consommation, sans garantir par ailleurs, largement, le droit d'accès au juge de l'opposition ». Comp. aussi T. LIPPENS, « Arrêt *Finanmadrid EFC*: l'obligation impérative de soulever d'office les clauses abusives s'étend au juge de l'exécution d'une injonction de payer », *R.E.D.C.*, 2016, p. 134, sous « A. Obligation de contrôler d'office les clauses abusives au stade de l'examen de la demande d'injonction de payer ».

²⁷ C.-à-d. dont les modalités d'opposition ne sont pas satisfaisantes par rapport à l'objectif de protection du consommateur contre les clauses abusives. Voy. ci-dessous.

²⁸ C.J.C.E., 14 juin 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, pt. 57 et dispositif point 1.

²⁹ Sur ces modalités, cons. C.J.C.E., 14 juin 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, pt. 54.

³⁰ C.J.C.E., 13 septembre 2018, *Profi Credit Polska*, C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711, pt. 71 et dispositif.

³¹ Voy. à cet égard les concl. de l'Av. gén. SHARPSTON précédant C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, présentées le 31 octobre 2019, sous ECLI:EU:C:2019:921, pt. 83.

³² C.J.C.E., 18 février 2016, C-49/14, *Finanmadrid EFC*, ECLI:EU:C:2016:98, pt. 55 et dispositif.

4. Faits, renvois préjudiciels et décision de la Cour. La société Bondora, qui a conclu des contrats de prêt avec deux consommateurs, saisit les juridictions espagnoles d'une demande d'injonction de payer à leur encontre. L'une de celles-là demande à la société de fournir les documents utiles à prouver la créance, à savoir, en particulier, le contrat de prêt, afin de vérifier l'éventuel caractère abusif des clauses y figurant; l'autre juridiction, dès lors que la société signale que son cocontractant est un consommateur, sollicite des « [d]éclarations et informations complémentaires », en vue de savoir comment se « ventile la créance »³³, et de prendre connaissance des clauses sur lesquelles elle se fonde. La société refuse de s'exécuter. Elle estime ne pas devoir fournir de documents pour prouver ses créances en application du règlement n° 1896/2006.

Dans ces conditions, compte tenu du droit des clauses abusives, les deux juridictions s'interrogent à la fois sur l'interprétation que doit recevoir le règlement n° 1896/2006, mais également sur la validité de celui-ci étant donné l'objectif de protection du consommateur que poursuit le droit de l'Union, notamment consacré à l'article 38 de la charte des droits fondamentaux³⁴: le juge peut-il « demander au créancier des informations complémentaires relatives aux clauses du contrat invoquées à l'appui de la créance [...], afin d'effectuer le contrôle d'office du caractère éventuellement abusif de ces clauses et, en conséquence, [...] s'oppose[-t-il] à une législation nationale qui déclare comme étant irrecevables des documents complémentaires fournis à cet effet »?³⁵ La réponse est oui; « [le droit de l'Union de l'injonction de payer et le droit de l'Union des clauses abusives, tels qu'interprétés à la lumière de l'article 38 susmentionné] s'opposent à une législation nationale qui déclare comme étant irrecevables des documents complémentaires fournis à cet effet ».³⁶

Rejoignant les conclusions de l'avocate générale SHARPSTON³⁷, la Cour décide que « la juridiction saisie doit pouvoir demander, au titre de l'article 7, 1. et de l'article 9, 1., du règlement n° 1896/2006, des *informations complémentaires* au créancier relatives aux clauses invoquées à l'appui de sa créance, telles que la reproduction de la totalité du contrat ou la production d'une copie de ce dernier, afin de pouvoir examiner le caractère éventuellement abusif de telles clauses, conformément à l'article 6, 1. et à l'article 7, 1., de la directive n° 93/13. Une interprétation différente de l'article 7, 2., [...] serait susceptible de permettre aux créanciers de con-

tourner les exigences découlant de la directive n° 93/13 et de l'article 38 de la charte ».³⁸ La Cour avait au préalable rappelé « qu'une juridiction saisie d'une requête en injonction de payer doit déterminer si les modalités de la procédure d'opposition que prévoit le droit national n'engendrent pas un risque non négligeable que les consommateurs concernés ne forment pas l'opposition requise »³⁹ et que « [c]es exigences s'imposent également lorsqu'une 'juridiction', au sens du règlement n° 1896/2006, est saisie d'une demande d'injonction de payer européenne, au sens dudit règlement ».⁴⁰

Notons que puisque le juge de l'injonction de payer doit en application du règlement n° 1896/2006 relever d'office le droit des clauses abusives, la Cour retient que la question préjudicielle en validité est par ailleurs sans objet.⁴¹

5. Conciliation des objectifs en jeu – Célérité et réduction des coûts (injonction de payer) vs protection du consommateur (clauses abusives)? Aucun des arrêts dans lesquels la Cour fut directement ou indirectement saisie de la question de l'office du juge statuant dans un contexte purement national sur injonction de payer ne peut être lu comme obligeant celui-ci à relever d'office le droit des clauses abusives en toutes circonstances – ce juge n'a de telle obligation que s'il dispose des « éléments de fait et de droit » pour ce faire. Dans le contexte de l'injonction européenne de payer, l'arrêt *Bondora* n'oblige pas davantage le juge à relever d'office le droit des clauses abusives; ce juge dispose tout au plus sur la base de l'arrêt d'une faculté de demander des documents complémentaires à cet effet – et on ne peut que l'inviter à se saisir de cette faculté.

La solution consistant à n'assurer le respect du droit des clauses abusives qu'au stade de l'opposition ou à celui, ultime, de l'exécution nous laissait jusque-là personnellement perplexe et ce, quoique l'injonction ne fût pas directement exécutoire – rappelons dans ce contexte que l'injonction européenne de payer n'est pas immédiatement exécutoire, et qu'elle ne préjudiciera certes pas le débiteur en pratique pourvu que ce dernier s'y oppose.⁴²

Nous pensons qu'il ne se justifie pas que le consommateur soit contraint de se défendre contre une clause abusive qui eût dû, sur la base du contrat, moyennant un contrôle certes marginal du juge, être débusquée et annulée; la (bonne admi-

³³. En principe, la créance est ventilée, entre principal, intérêts, pénalités et frais dans le formulaire A de l'annexe I.

³⁴. C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, pts. 32, 4) et 34.

³⁵. C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, C-453/18, pt. 34.

³⁶. C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, C-453/18, pt. 54 et dispositif.

³⁷. Dont le raisonnement est toutefois différent. Concl. Av. gén. SHARPSTON précédant C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, présentées le 31 octobre 2019, sous ECLI:EU:C:2019:921, pts. 101 et s. en particulier. En effet, l'avocate générale SHARPSTON vérifie s'il y a un risque non négligeable que le débiteur s'abstienne de former opposition.

³⁸. C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, pt. 51.

³⁹. C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, pt. 45.

⁴⁰. C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, pt. 46.

⁴¹. C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, pt. 55.

⁴². Sur le caractère exécutoire des décisions rendues sur injonction de payer, cons. *supra*, n° 2.

nistration de la) justice ne s'avère jamais avantagée par des décisions qui font droit à des demandes fondées sur des clauses prohibées. L'économie de la procédure ne devrait jamais être antinomique ni de l'application du droit, ni, partant, de la protection du consommateur contre les clauses abusives. Si certes, l'économie de la procédure que poursuivent les procédures unilatérales constitue un but plus que louable – la procédure d'injonction de payer s'avérant bien sûr nécessaire⁴³ –, elle ne mérite pas que les droits des consommateurs, qui pourraient d'emblée être assurés, soient écorchés par des décisions de justice faisant droit aux demandes de professionnels qui se fondent sur des clauses abusives – il ne se justifie de toute façon pas, pour des motifs de célérité et de réduction des coûts, d'allonger et de rendre finalement plus chère l'obtention d'un titre par le créancier, qui aura essuyé une opposition pour que le droit soit bien appliqué. Comme l'indique l'avocate générale SHARPSTON, au demeurant, « il n'y a (*a priori*) rien de plus simple, de nos jours, que de copier un document et de le communiquer par courrier électronique. À ce titre, si le créancier se voyait adresser une telle requête par le juge saisi de sa demande d'injonction, il devrait pouvoir s'y conformer sans délai, sans difficulté particulière et, en principe sans frais [...]. En sus, dès lors que le contrôle exercé par le juge est *strictement limité* à la vérification du caractère potentiellement abusif, *prima facie*, des clauses invoquées (lors de l'examen de l'apparence du bien-fondé de cette demande), une telle solution ne devrait pas davantage entraîner de retards significatifs dans le traitement de ladite demande – *a fortiori* pour un juge aguerri au contentieux en matière de droit de la consommation ».⁴⁴

La solution conciliante adoptée par la Cour dans les litiges transfrontaliers dans l'arrêt commenté nous semble en conséquence devoir être avalisée, même si elle est loin d'être évidente sur la base du (seul) règlement n° 1896/2006⁴⁵, qui ne consacre pas explicitement la faculté du juge de demander le contrat sur lequel se fonde le demandeur. L'on ne peut dans ces circonstances qu'inviter le législateur de l'Union à se pencher très concrètement sur la conciliation des exigen-

ces de célérité et de faible coût de la procédure d'injonction de payer, d'une part, et de protection du consommateur contre les clauses abusives, d'autre part, quitte à approuver de son côté la solution dégagée par la Cour. Évidemment, la solution de la Cour n'est pas parfaite: elle peut allonger quelque peu le temps de travail du juge. Mais le contrôle de ce dernier peut en règle se borner à être sommaire, rapide – c'est dans cette mesure que les intérêts des uns et des autres, ainsi que de la justice, nous semblent pouvoir être conciliés. Afin de ne pas perdre de temps, le professionnel pourra joindre dès sa demande d'injonction de payer le titre sur lequel il se fonde, toutes les fois qu'il est dans une relation de consommation sans attendre que le juge le sollicite⁴⁶, afin que ce dernier puisse statuer sur l'apparence de fondement ou non de la créance; il s'agit aussi normalement pour le créancier d'indiquer son éventuelle qualité de « professionnel » et celle de son cocontractant consommateur, et ce, non pas seulement lorsque ces informations lui sont connues.⁴⁷ En effet, le formulaire que le professionnel doit remplir pour bénéficier de l'injonction de payer européenne lui impose d'indiquer la qualité de son cocontractant pour justifier le fondement de la compétence de la juridiction⁴⁸, et le règlement n° 1896/2006, en son article 6, 1., comme on l'a relevé au passage rend les juridictions du domicile du consommateur compétentes.

L'on pourrait nous objecter que la protection des droits du consommateur n'implique pas que le juge de l'injonction de payer examine plus avant le contrat et ses clauses, fût-ce sommairement, en particulier pour deux motifs. Le premier est que les statistiques d'oppositions et de bien-fondé de celles-ci sont visiblement basses, en particulier en France et en Allemagne.⁴⁹ Néanmoins, aucune statistique ne peut faire état des clauses abusives qui ont éventuellement effectivement été appliquées et exécutées via une injonction de payer; les statistiques ne tiennent pas compte des cas dans lesquels les consommateurs ont fini par payer sans faire opposition.⁵⁰ Par ailleurs, nous retenons que les intérêts tant des créanciers que des consommateurs, et plus globalement de la justice,

⁴³ Cons. du point de vue de la justice, D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 144. Cons. plus largement quant à la nécessité économique et sociale de la procédure, A. BERTHE, *o.c.*, pp. 40 et s., n°s 13 et s. ainsi que les conclusions générales de l'auteur, p. 750, n° 697.

⁴⁴ Les caractères italiques sont ceux de l'Av. gén. Sharpston dans ses Concl. précédant C.J.C.E., 19 décembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, présentées le 31 octobre 2019, sous ECLI:EU:C:2019:921, pt. 131.

⁴⁵ A. BERTHE et A. RIGOLET, *o.c.*, pp. 107-109, n°s 10 et s.

⁴⁶ En ce sens égal., A. BERTHE, « Actualités choisies en matière de procédure civile européenne. Les règlements 1215/2012, 805/2004 et 1896/2006 », in A. BAILLEUX (dir.), *Actualités du contentieux européen*, Limal, Anthemis, 2020, p. 100, n° 23.

⁴⁷ En ce sens A. BERTHE, *L'injonction de payer, o.c.*, p. 167, n° 141.

⁴⁸ Cons. le point 3 du formulaire A de l'annexe I. On rappelle par ailleurs que l'entreprise est soumise à un tas d'exigences précontractuelles (et contractuelles) qui justifient qu'elle ait connaissance, d'emblée, lors de la conclusion du contrat, de la qualité en laquelle son cocontractant se présente. A cet égard, voy. e.a. H. JACQUEMIN et E. DE DUVE, « L'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs », in C. VERDURE (dir.), *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 9-46.

⁴⁹ D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 144; A. BERTHE, *L'injonction de payer, o.c.*, pp. 204-205, n° 174 et pp. 228-229, n° 196.

⁵⁰ Voy. la jurisprudence depuis l'arrêt C.J.C.E., 27 juin 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, EU:C:2000:346, et dans celui-ci le pt. 26: « dans des litiges dont la valeur est souvent limitée, les honoraires d'avocat peuvent être supérieurs à l'intérêt en jeu, ce qui peut dissuader le consommateur de se défendre contre l'application d'une clause abusive »; « il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée ». Cons. aussi G. POISSONNIER, « La C.J.C.E. donne au juge national le pouvoir d'appliquer d'office le droit communautaire de la consommation », *R.E.D.C.*, 2007, p. 141 lorsqu'il résume: « Il s'agit même du véritable talon d'Achille du droit de la consommation: le consommateur n'a, en général, pas conscience des droits qui le protègent. Et lorsqu'il en a conscience, il préfère jeter l'éponge par peur d'y laisser temps et argent. »

doivent être assurés ensemble, sans que les uns empiètent sur les autres. Un second motif, justifiant qu'un rôle un peu plus actif du juge de l'injonction n'est pas nécessaire, serait que ce dernier dispose déjà, *a priori*, du montant des intérêts et des pénalités éventuellement sollicités (cons. les pts. 7 et 8 du formulaire A de l'annexe I)⁵¹ en sus d'une créance contestée. Il pourrait la plupart du temps diminuer le montant des clauses abusives sous-tendant vraisemblablement ces demandes. Mais les clauses d'intérêts moratoires et pénaux sont loin d'épuiser tous les cas dans lesquels le consommateur peut contractuellement être obligé de payer une somme au mépris du droit des clauses abusives. On pense aux clauses de prorogation abusives, que le consommateur voudrait ne pas exécuter, mais qui pourraient faire l'objet d'une demande en principal d'injonction de payer de la part du créancier⁵²; on pense aussi aux clauses qui imposent au consommateur de payer son cocontractant, alors que ce dernier n'exécute pas ses obligations ou que l'exécution est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté de celui-ci⁵³; on pense encore aux clauses qui permettent au professionnel de déterminer le prix au moment de la livraison ou d'augmenter ce prix, sans que le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat.⁵⁴ Au demeurant, pour ce qui concerne les clauses pénales, la solution de se fonder sur le formulaire est imparfaite. Le caractère abusif ne se révèle en effet pas uniquement sur la base de la somme sollicitée: l'exigence de réciprocité, qui résulte de

l'article VI.83, 17°, du Code de droit économique, nécessite une lecture de la clause.⁵⁵ L'annulation des clauses par le juge de l'injonction peut en tout état de cause se limiter aux illégalités aisément identifiables – une clause de prorogation ou de modification du prix est, *a priori*, aisément identifiable, tout comme toute clause de la liste noire de l'article VI.83 du Code de droit économique. Cette annulation n'implique dès lors pas un travail chronophage d'un juge, surtout s'il est spécialisé en la matière.

À notre estime, l'enseignement de l'arrêt *Bondora* devrait par ailleurs s'étendre aux litiges purement internes aux États membres, dans lesquels il est fait application de la procédure nationale d'injonction de payer. Et s'il n'en va à cet égard vu la jurisprudence de la Cour pas nécessairement de l'effet utile ou de l'effectivité du droit de l'Union, il en va à notre sens, très simplement, de la (meilleure) protection du consommateur. Par ailleurs, il ne se justifierait pas que le consommateur, débiteur d'une créance transfrontalière, soit mieux protégé qu'un débiteur dans une situation ne présentant pas d'élément d'extranéité. Au contraire, les principes d'égalité et de non-discrimination pourraient mener à élargir la solution au bénéfice de tous les consommateurs.⁵⁶ Rappelons qu'en droit belge, le juge de l'injonction de payer est déjà tenu de relever d'office le droit des clauses abusives, dès lors qu'il dispose d'emblée dans la procédure des « éléments de fait et de droit » nécessaires à cet effet, toutes les fois du moins qu'il est informé de la qualité des parties.⁵⁷

^{51.} À cet égard, A. BERTHE, *L'injonction de payer*, o.c., p. 172, n° 147, indique que « [d]ans [une] recherche d'équilibre, les moyens susceptibles d'être aisément relevés au stade unilatéral, tel le caractère abusif d'une clause pénale ou d'un intérêt moratoire, devraient suivre la 'voie royale' [du relevé d'office par le juge de l'injonction de payer] et les autres, la 'seconde voie' [et être éventuellement soulevés lors d'une procédure d'opposition] ».

^{52.} Voy. dans l'annexe de la directive 93/13, sous h) et art. VI.83, 19°, 20° et VI.91/5, 2°, CDE.

^{53.} Voy. dans l'annexe de la directive 93/13, sous c), n) et o) et art. VI.83, 1°, 9°, 29° et VI.91/4, 1°, CDE.

^{54.} Voy. dans l'annexe de la directive 93/13, sous l) et art. VI.83, 2°, en particulier CDE.

^{55.} *Adde* A. BERTHE, « Quelle procédure simplifiée pour le recouvrement des créances B2C », *Ius et Actores*, 2018, p. 97, n° 26, qui admet également que « la vérification du caractère réciproque d'une clause pénale implique une lecture des clauses contractuelles et qu'un plafond pour les accessoires paraît à cet égard peu convaincant ».

^{56.} A tout le moins tels qu'on les connaît en droit belge. *Adde* A. BERTHE, « Quelle procédure simplifiée pour le recouvrement des créances B2C », o.c., pp. 66, n° 2 ainsi que pp. 69 et s., n°s 6 et s.; *L'injonction de payer*, o.c., pp. 126 et s., n°s 105 et s., qui considère également que le recouvrement de créances internes peut être comparé au recouvrement de créances transfrontières. Notons qu'un arrêt C.C., 12 octobre 2017, n° 117, à la question d'une éventuelle différence de traitement des créanciers, répond de manière lapidaire que « [l]a différence de traitement découle dès lors du caractère transfrontalier ou non du litige. L'affaire pendante devant le juge a quo étant exclusivement située dans l'ordre juridique interne, il n'y a pas lieu de comparer la procédure qui lui est applicable avec la procédure prévue par un règlement européen. Dans cette mesure, la différence de traitement en cause ne saurait être en soi contraire au principe d'égalité et de non-discrimination » (B.3.2., nos italiques). Comp. C.C., 7 novembre 2013, n° 149, B.5.2., sur le traitement des discriminations à rebours, soit des discriminations subies en raison de l'application du droit interne moins favorable que le droit de l'Union. Voy. les développements d'A. BERTHE, « Quelle procédure simplifiée pour le recouvrement des créances B2C », o.c., pp. 71-72, n° 8. Sans doute la discussion est-elle ici théorique du point de vue du débiteur; peu importe la solution consacrée par la C.C. puisque, comme dit dans la phrase suivante dans le corps du texte, toutes les fois que le juge est informé de la qualité des parties, nous retenons que le juge de l'injonction de payer est tenu de relever d'office le droit des clauses abusives, dès lors qu'il dispose d'emblée dans la procédure des « éléments de fait et de droit » nécessaires à cet effet.

^{57.} Voy. *supra*, n° 3.